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

Cristian Kiefer da Silva

INJUSTIÇA EXTREMA:
uma investigação a partir do pensamento de Gustav Radbruch

Belo Horizonte
2016

Cristian Kiefer da Silva

INJUSTIÇA EXTREMA:
uma investigação a partir do pensamento de Gustav Radbruch

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Teoria do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro

Coorientador: Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

Belo Horizonte
2016

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Silva, Cristian Kiefer da
S586i Injustiça extrema: uma investigação a partir do pensamento de Gustav Radbruch / Cristian Kiefer da Silva. Belo Horizonte, 2016.
335 f.

Orientador: Fernando José Armando Ribeiro
Coorientador: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Racionalismo. 2. Direito - Filosofia. 3. Hermenêutica (Direito). 4. Direito e ética. 5. Radbruch, Gustav, 1878-1949 – Crítica e interpretação. I. Ribeiro, Fernando José Armando. II. Trivisonno, Alexandre Travessoni Gomes. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.
SIB PUC MINAS
CDU: 340.12

Cristian Kiefer da Silva

INJUSTIÇA EXTREMA:

uma investigação a partir do pensamento de Gustav Radbruch

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

_____

Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro (Orientador) - PUC MINAS

_____

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Coorientador) - PUC MINAS

_____

Prof. Dr. Júlio Aguiar de Oliveira - PUC MINAS (Banca Examinadora)

_____

Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado - UFMG (Banca Examinadora)

_____

Prof. Dr.Jean-Christophe Merle - Universität Vechta Alemanha (Banca Examinadora)

_____

Prof. Dr. Marcelo Campos Galuppo - PUC MINAS (Suplente)

_____

Prof. Dr. Antônio Cota Marçal - PUC MINAS (Suplente)

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2016

A toda minha família, em especial aos meus pais, pessoas nas quais tenho enorme carinho, respeito e admiração, sobretudo por serem exemplo de vida e fonte de inspiração.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para esta construção.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela força e apoio incondicional nos momentos difíceis de realização deste trabalho. Combati o bom combate, terminei a corrida, mantive a fé!

Ao meu orientador, Professor Doutor Fernando José Armando Ribeiro, por dividir comigo seus inesgotáveis conhecimentos jurídicos, pela gentileza com que sempre me atendeu e por ser fonte de inspiração para minha vida acadêmica e, acima de tudo, por ser uma pessoa “comum”, dentre tantos pretensamente “extraordinários”, “incomuns” e “imortais”. Meu eterno agradecimento!

Aos meus Professores do Doutorado da PUC Minas, Doutor Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (Coorientador), Doutor Júlio Aguiar de Oliveira, Doutor Marcelo Campos Galuppo, Doutor Antônio Cota Marçal, Doutor Lucas de Alvarenga Gontijo, Doutora Rita de Cássia Fazzi e Doutora Lusia Ribeiro Pereira, pelos ensinamentos e provocações intelectuais, pelo acolhimento e cuidado na orientação deste trabalho, pelos exemplos de vida e inspiração constante, pois sempre me dedicaram especial atenção. Muito obrigado a todos vocês!

Aos diletos Juristas e Professores que muito contribuíram para a realização deste trabalho, em especial, Gustav Radbruch, Arthur Kalfmann, Ralf Dreier, Frank Haldemann, Robert Alexy, Stanley Paulson, Lon Füller, Norbert Hoerster, Giorgio Agamben, Herbert Haller, H. L. A. Hart, Konrad Heiden, Heinrich Henkel, Rüdiger Voigt, Manuel Atienza, Werner Maihofer, Günter Kempcke, Ernst Rudolf Huber, Günther Patzig, Charles Sanders Peirce, Friedrich Müller, Carl Schmitt, Ulfried Neumann, Roman Schnur, Johannes Messner, Ernst Jünger, Friedrich Dürrenmatt, Ian Kershaw, Wolfgang Friedmann, John Mitchell Finnis, Dick Geary, Joachim Clemens Fest, Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Joseph Raz, Norbert Elias, Ronald Dworkin, Hannah Arendt, Simone Goyard-Fabre, Jean-Christophe Merle, Joaquim Carlos Salgado, João Maurício Leitão Adeodato, Juarez Freitas, Guilherme José Ferreira, Maria Emília Naves Nunes, Guilherme Coelho Colen, Daniel Augusto Arouca Bizzotto, Edimur Ferreira de Faria, Fernando Horta Tavares, Leonardo Macedo Poli, Leonardo Costa Bandeira, Maurício Campos, Emerson Luiz de Castro, Valéria Edith Carvalho de Oliveira, Douglerson Santos, Daniel Carneiro Machado, Rodrigo Pessoa Pereira da Silva, Guilherme Carvalho Monteiro de Andrade, Daniel Guimarães Medrado de Castro, Carolina Fagundes Cândido, Júlio César Grossi Silva, Marcelo Sarsur Lucas da Silva, Bráulio Lisboa Lopes, Eduardo Nepomuceno

de Sousa, Gustavo Hermont Côrrea, Isabela Dalle Varela, Bernardo Ribeiro Câmara, Karen Myrna de Castro Mendes Teixeira, Maraluce Maria Custódio, Gustavo Henrique Carvalho Da Mata, Leonardo Resende Alvim Machado, Ronaldo Passos Braga, Júlio César Faria Zini, Paula Maria Tecles Lara, Adélia Procópio Camilo, Bernardo Gomes Barbosa Nogueira, Marco Túlio Caldeira Figueiredo, Maria Renata Fonseca Yarochewsky, Sylvia Flores Lopes, Hebert Soares Leite, Thiago Augusto de Freitas, Omar Narciso Goulart Junior, Hugo Rios Bretas, Célio Stigert, Ludmila Castro Veado Stigert, Gustavo Costa Nassif, Michael César Silva, Núbia Elizabette de Jesus Paula, Alessandra Mara de Freitas Silva, Flávio Alves Janones, Lucas Moraes Martins, Hassan Magid de Castro Souki, Ivan Guimarães Pompeu, Cássio Brant, Herman Nebias Barreto, Patrícia dos Santos Dias Viana, Telder Andrade Lage, Lucas Barquette, Felipe Mucci, Henrique Avelino, Tatiane Cardozo Lima, Pollyanna Renee Alves do Nascimento, Fabiano Zica, André Abreu Costa, Patrícia de Moura Rocha, Leandro Hollerbach, Lucas do Carmo Vítor, Fernando Gonçalves Coelho Júnior, Sabrina Alves Zamboni, Gleison Assis Reis, Rosemary Cipriano, Rosiane Medeiros Dias, Elpídio Donizette Nunes, dentre tantos outros que fazem parte da minha vida, pelo apoio constante, pela confiança e pela disponibilidade em sempre ajudar. Muito obrigado a todos vocês!

Aos amigos da turma do Mestrado e Doutorado, em especial, Hugo Schayer Sabino, Iara Alves Etti Fróes, Ipojucan Coelho Ayala, Adriano Olinto Meirelles, Valéria de Souza Arruda Dutra, Bruno Camilloto Arantes, Rafael Vieira Sapucaia, Álisson da Silva Costa, Pablo Alves de Oliveira, Giltônio Maurílio Pereira Santos, Celimara Teixeira de Almeida e Juraciara Vieira Cardoso. Foi uma grande alegria, satisfação e honra conviver com todos vocês! Muito obrigado!

À minha família, em especial meu Pai e minha Mãe, pela confiança depositada e por todo o apoio que prestaram quando necessário. Ao meu irmão Alex Kiefer da Silva, cuja generosidade é do tamanho do mundo. Aos meus outros irmãos, Patrick Kiefer da Silva e Kelly Kiefer da Silva, pessoas nas quais tenho extrema admiração, carinho e respeito. Muito obrigado a todos vocês!

Às minhas avós Izabel Kiefer Parreiras (em memória) e Amélia Florência da Silva, aos meus avôs Emerenciano Henrique Parreiras (em memória) e José Vítor de Santana (em memória), pelo encantamento da vida e orações, me fazendo sempre acreditar que ser diferente é apenas uma possibilidade de ser. Muito obrigado a todos vocês!

Às minhas queridas e adoráveis tias, Tereza Parreiras Kiefer de Menezes (em memória), Fátima Parreiras Kiefer e Maria da Conceição da Silva, por existirem em minha vida. Devo muito a vocês! Muito obrigado a todas vocês!

Aos amigos e funcionários da Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, da Universidade Federal de Minas Gerais, do Centro Universitário Newton Paiva, do Centro Universitário Una, da Faculdade de Minas, da Universidade Fumec, da Escola Superior Dom Helder Câmara, do Centro Universitário Estácio de Sá, por muitas vezes estarem onde eu devia estar. Muito obrigado a todos vocês!

Aos demais amigos e colegas, por toda cumplicidade, carinho e respeito, demonstrados cotidianamente, através de harmoniosa convivência. Muito obrigado a todos vocês!

A todos, que de alguma forma, contribuíram para a realização deste trabalho. Muito obrigado a todos vocês!

Cinco Minutos de Filosofia do Direito

Primeiro minuto

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalente, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro.

Segundo minuto

Pretendeu-se completar, ou antes, substituir este princípio por este outro: direito é tudo aquilo que for útil ao povo. Isto quer dizer: arbítrio, violação de tratados, ilegalidade serão direito desde que sejam vantajosos para o povo. Ou melhor, praticamente: aquilo que os detentores do poder do Estado julgarem conveniente para o bem comum, o capricho do déspota, a pena decretada sem lei, ou sentença anterior, o assassínio ilegal de doentes, serão direito. E pode até significar ainda: o bem particular dos governantes passará por bem comum de todos. Desta maneira, a identificação do direito com um suposto ou invocado bem da comunidade, transforma um “Estado-de-Direito” num “Estado-contra-o-Direito”. Não, não deve dizer-se: tudo o que for útil ao povo é direito; mas, ao invés: só o que for direito será útil e proveitoso para o povo.

Terceiro minuto

Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça. Justiça, porém, significa: julgar sem consideração de pessoas; medir a todos pelo mesmo metro. Quando se aprova o assassínio de adversários políticos e se ordena o de pessoas de outra raça, ao mesmo tempo que ato idêntico é punido com as penas mais cruéis e afrontosas se praticado contra correligionários, isso é a negação do direito e da justiça. Quando as leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas.

Quarto minuto

Certamente, ao lado da justiça o bem comum é também um dos fins do direito. Certamente, a lei, mesmo quando má, conserva ainda um valor: o valor de garantir a segurança do direito perante situações duvidosas. Certamente, a imperfeição humana não consente que sempre e em todos os casos se combinem harmoniosamente nas leis os três valores que todo o direito deve servir: o bem comum, a segurança jurídica e a justiça. Será, muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta, deverá ainda reconhecer-se validade por amor da segurança do direito; ou se, por virtude da sua nocividade ou injustiça, tal validade lhe deverá ser recusada. Mas uma coisa há que deve estar profundamente gravada na consciência do povo de todos os juristas: pode haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade e até o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados.

Quinto minuto

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

O direito é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber em parte porque obedecemos, porque mandamos, porque nos indignamos, porque aspiramos mudar em nome de ideais, porque em nome de ideais conservamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e nos tira a liberdade. Por isso, compreender o direito não é um empreendimento que se reduz facilmente a conceituações lógicas e racionalmente sistematizadas. O encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e consequente. Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo é preciso, pois, saber e amar. Só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o ama é capaz de dominá-lo rendendo-se a ele. (FERRAZ JÚNIOR, 1994).

A vida vai fazendo cada vez mais sentido. O tempo vai sendo cada vez mais marcante. Olhar para trás passa a ser um conforto, e olhar adiante passa a ser a espera por um novo amanhã. Com a serenidade estampada no rosto, o sorriso volta a ser sincero. O corpo se cansa, e às vezes padece, mas a capacidade de sonhar, buscar, lutar e vencer ainda me permite seguir, quase sem cessar. (CRISTIAN KIEFER).

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise substancial acerca da fundamentação do direito em Gustav Radbruch, procurando destacar, dentre outros aspectos, a “injustiça extrema”. O grande jurista alemão há muito já criticava a inconsistência que advém da falta de uma concepção adequada de justiça, quando dizia que a disciplina da vida social não podia ficar entregue, como é óbvio, às mil e uma opiniões dos homens que a constituem nas suas recíprocas relações. No entanto, pelo fato dos homens terem ou poderem ter opiniões e crença opostas, é que a vida social tem necessariamente de ser disciplinada de uma maneira uniforme por uma força que se ache colocada acima dos indivíduos. Inclusive, o problema da falta de justiça não aflige apenas o sistema jurídico, aliás, outros sistemas sociais apresentam injustiças gritantes, mas é equivocado, em qualquer lugar, destruir alicerces quando não se pode propor uma base melhor ou mais sólida. De tal modo, o conceito de direito que serve de base à prática jurídica é postulado como evidente, mas o mesmo não acontece nos casos incomuns, isto é, nestes, o conceito de direito que existe por trás de toda prática jurídica vem à luz e torna-se um problema premente. É peremptório afirmar em Gustav Radbruch que a questão da obediência à lei não se resolve pela força, como afirma a tradição. Além disso, a pergunta essencial não é por que obedecer à “lei injusta”, mas porque se apoia na “lei injusta”, obedecendo-a. Ora, tudo isto significa a rigor, que a positividade no direito contenta-se com a validade formal das normas jurídicas, quando todo o problema situa-se numa esfera mais profunda, correspondente ao valor ético do direito. Por isso, a defesa de um conceito de direito não-positivista expressa uma mudança de paradigma, o que exige a construção de uma nova forma de pensar, de interpretar e de recriar o direito, exigindo que todos os juristas envolvidos tenham conhecimento desta transformação. Nesse sentido, a busca de uma compreensão adequada do conceito de direito para além de sua manifesta relevância teórica, tem importantes reflexos práticos, na medida em que é preciso saber se os operadores do direito podem ou devem levar em consideração elementos morais para edificar um direito válido a partir dos textos normativos.

Palavras-chave: Injustiça extrema. Racionalidade. Direito.

ABSTRACT

This paper aims at substantial analysis on the basis of law Gustav Radbruch, seeking to highlight, among other things, the "extreme injustice". The great German jurist has long since criticized the inconsistency that arises from the lack of an adequate conception of justice when he said that the discipline of social life could not be delivered, of course, to a thousand opinions of men who are in their mutual relations. However, because men have or may have opposing views and beliefs, it is that social life must necessarily be governed uniformly by a force that is placed above find individuals. Even the problem of lack of justice not only afflicts the legal system, by the way, other social systems have glaring injustice, but it is mistaken, anywhere, destroy foundations when it can not offer a better or more solid foundation. In this way, the concept of law that underpins the legal practice is postulated as evident, but the same does not happen in unusual cases, that is, in these, the concept of law that exists behind all legal practice comes to light and It becomes an urgent problem. It is imperative to state in Gustav Radbruch that the issue of obedience to the law can not be resolved by force, as stated by tradition. In addition, the essential question is not why obey "unjust law", but because it is based on "unjust law", obeying it. Now, all this means the certainty that the positivity on the right it is content with the formal validity of the legal standards, where the whole problem lies in a deeper level, corresponding to the ethical value of the right. Therefore, the defense of a concept of law non-positivist expressed a paradigm shift, which requires the construction of a new way of thinking, interpret and recreate the right, requiring all lawyers involved are aware of this transformation. In this sense, the search for a proper understanding of the concept of law beyond its obvious theoretical relevance, has important practical consequences, in that it is necessary to know whether law enforcement officers can or should take into consideration moral elements to build a right valid from the normative texts.

Key-Words: Extreme injustice. Rationality. Law.

LISTA DE SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CLS	Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*)
CONPEDI	Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
DAF	Frente Trabalhista Alemã (*Deutsche Arbeitsfront*)
NSDAP	Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães
PUC Minas	Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
RDA	República Democrática Alemã (*Deutsche* Demokratische Republik)
SA	Tropa de Proteção (*Schutzstaffel*)
SS	Tropa de Assalto (*Sturmabteilung*)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UFMG	Universidade Federal de Minas Gerais
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 33

2 AFIRMAÇÃO DOS PARÂMETROS MODERNOS DO DIREITO POSITIVO NOS SÉCULOS XVIII A XX: UMA ANÁLISE DA TRADIÇÃO JURÍDICA ALEMÃ 37
2.1 As mudanças nos padrões europeus de comportamento: a luta pelo poder e a evolução do pensamento germânico na estrutura social e jurídica.....41
2.2 Os aspectos da estratificação social na Alemanha: um embate entre a classe dominante e a classe dominada.....43
2.3 A sociedade alemã agrupada em torno de um centro de integração de mais alto nível: do Kaiser ao Führer.....46
2.3.1 A profunda consolidação do quadro geral de regras da satisfaktionsfähige Gesellschaft na personalidade de seus membros: submissão às regras do código .49
2.3.2 O paradoxo alemão em torno da "cultura" e da "civilização": uma digressão sobre o nacionalismo.....51
2.4 A dualidade dos códigos normativos das nações-Estados: uma contradição existente.....55
2.5 Uma breve consideração sobre a civilização e a violência: o caminho para o status de uma grande potência na Alemanha 58
2.5.1 A guerra e as mudanças na estrutura de poder: a brutalidade e a barbárie sob um "véu de ignorância".....62
2.5.2 A literatura da guerra na República de Weimar: o horror escrito em versos 66
2.5.3 O estigma do terrorismo e seus reflexos na moral e no direito: a expressão do conflito social entre as gerações 69
2.6 O colapso civilizatório de uma superpotência: um retrato da crença nacional alemã em torno do Nazismo 73

3 UM ENFOQUE SOBRE O FUNDAMENTALISMO JURÍDICO ALEMÃO: O ESTADO NAZISTA É CONSIDERADO UM ESTADO DE DIREITO?.....79
3.1 O Estado nazista e a sociedade: as regras de poder e as ofensas às liberdades civis 83
3.2 Adolf Hitler: a trajetória de um homem no contexto da história.....86
3.3 A revolução legal na Alemanha: progresso ou superlegalidade? 94
3.3.1 Fundamentalismo jurídico alemão: a lógica do não razoável e as iniciativas (i)legais.....98
3.3.2 Um reflexo desordeiro do mais puro legalismo: a (in)existência de um direito positivo? 101
3.3.3 Nova ordem legal: o estado de exceção como paradigma de governo na Alemanha nazista.....104
3.4 Um século marcado por atrocidades em nome da "lei": a legitimação de ideologias não racionalizantes 108
3.5 Os fundamentos e o caráter do Estado nazista: a justificação da autoridade absoluta e suprema do Führer.....115
3.5.1 A concepção política no Estado nazista: a afirmação do "poder" através do direito.....116
3.5.2 Direito e não-direito no Estado nazista: a definição da ordem jurídica e legal119
3.6 A prevalência do direito na Alemanha: o Estado nazista é considerado um Estado de direito? 125

4 SISTEMAS JURÍDICOS E DIREITO CIENTÍFICO: A CONTRIBUIÇÃO DAS TEORIAS POSITIVISTAS E NÃO-POSITIVISTAS PARA O ESTUDO DO DIREITO 133
4.1 A classificação das teorias jurídicas: positivismo e não-positivismo.....135
4.2 O positivismo jurídico na visão de alguns doutrinadores do direito: um sentido claro para o discurso jurídico.....142
4.2.1 Hans Kelsen 147
4.2.2 Norberto Bobbio 151
4.2.3 H. L. A. Hart.....153
4.2.4 Joseph Raz 156
4.3 Aspectos gerais sobre o positivismo jurídico: efetivo conteúdo à injustiça extrema? 159
4.4 O não-positivismo jurídico na visão de alguns doutrinadores do direito: as contribuições teórico-argumentativas 164
4.4.1 Lon Füller 169
4.4.2 Ronald Dworkin 172
4.4.3 Gustav Radbruch.....175
4.4.4 Robert Alexy.....178
4.5 Perspectivas gerais sobre o não-positivismo jurídico: análise performativa sobre a injustiça extrema 182

5 ARBITRARIEDADE LEGAL X DIREITO SUPRALEGAL: A FÓRMULA TEÓRICA DE COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A POSITIVIDADE E A JUSTIÇA 189
5.1 A relevância prática da polêmica acerca da positividade no direito: posições fundamentais em Gustav Radbruch.....193
5.1.1 A indecisão problemática do conceito de direito: os equívocos do positivismo jurídico.....194
5.1.2 O direito em busca de seu sentido em Gustav Radbruch: a apropriação dos direitos pelo direito 198
5.2 O dilema acerca da aplicação da lei injusta: um problema prático ou um problema ético?.....201
5.2.1 Igualdade: cerne da justiça.....203
5.2.2 Ideia-fim: adequação a fins (valores) historicamente determinados.....207
5.2.3 Segurança jurídica: condição de funcionalidade autoritativa.....209
5.3 Leis que não são direito e direito acima das leis: arbitrariedade legal x direito supralegal 213
5.3.1 A doutrina de Gustav Radbruch sobre os fins supremos do direito e o relativismo jusfilosófico.....215
5.3.2 O direito de resistência no Estado de "não-direito": manifesto abuso do poder estatal diante de uma "lei injusta" e um "não-direito".....218
5.4 A fórmula teórica de compatibilização entre a positividade e a justiça: uma resposta afirmativa ao caráter jurídico das normas ou dos sistemas normativos 221

6 A "INJUSTIÇA EXTREMA" E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: POSSIBILIDADES ARGUMENTATIVAS DE SUA APLICAÇÃO JURÍDICA.....239
6.1 Objeções teórico-discursivas sobre a defesa de um conceito de direito não-positivista: a ideia de superação das ilusões positivistas 246
6.1.1 Os equívocos na compreensão do positivismo jurídico: uma abordagem avalorativa do direito 249

6.1.2 Repensando as raízes do direito em Gustav Radbruch: "leis injustas" não são leis?.....254
6.2 A fundamentação de uma teoria racional de proteção aos direitos humanos em um Estado democrático de direito: superando a aplicação da "lei injusta" 260
6.2.1 Direitos humanos e democracia: condição de possibilidade do Estado de direito 264
6.3 A necessidade sistemática de reconstrução argumentativa do direito: um paralelo entre a "injustiça extrema" e o Estado democrático de direito.....271
6.3.1 Aspectos pragmáticos sobre a Lei de Anistia e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 no Supremo Tribunal Federal..275
6.3.2 O Estado democrático de direito pode ser acometido por "injustiças extremas"? 287
6.3.3 O "direito indefinível, mas presente" em um Estado democrático de direito: em que sentido pode-se condenar a própria lei por injustiça? 294
6.4 A sobrevivência do direito diante de um cenário de incertezas e transformações constantes: a proposta de superação da "injustiça extrema" através da necessidade de (re)construção conceitual do direito 299

7 CONCLUSÃO 313

REFERÊNCIAS.....317

1 INTRODUÇÃO

Do ponto de vista da ciência do direito, pensou-se durante muito tempo, e por vezes ainda se pensa, que a pergunta sobre “o que é a justiça” e a questão de “como se conhece a justiça” deveria ser respondida completamente independente uma da outra. Nesse aspecto, o grande problema da “injustiça das leis” torna-se um tema central deste trabalho, principalmente porque é intenso o contraste entre os valores do ordenamento jurídico positivo e o sentimento de justiça preponderante na sociedade.

De fato, quem quer empenhar-se em compreender o lugar e o papel do direito nas sociedades humanas, não deve menosprezar nenhuma de suas dimensões precedentes. Portanto, para eliminar as incertezas e os equívocos que se acumularam ao longo dos séculos pela ausência de uma problematização coerente das estruturas jurídicas das sociedades humanas, é preciso, antes de mais nada, arrancar o direito do magma das dúvidas e das polêmicas.

Na verdade, isso é uma tarefa difícil, pois sob o peso esmagador das tradições, não é uma escolha entre o verdadeiro e o falso, ou entre o válido ou inválido que convém realizar. Decerto, trata-se de avançar em meio às tensões e conflitos entre o que *é* e o que *deve ser*, que não só se estabelecem e desaparecem apenas para renascer em seguida, mas habitam a própria razão em seu esforço arquitetônico de regulação das condutas humanas.

Como se sabe, o positivismo jurídico produziu, com efeito, as grandes obras legislativas do início do século XIX, porque o legislador de então ainda se conduzia por uma forte consciência moral, pressuposto este que, porém, já não se verificou nas ditaduras do nosso tempo. O fato é que as leis ultrajantes deixaram de ser meros exemplos e passaram a ser realidade, ou seja, o conceito de lei puramente formal fracassara.

Por sua vez, após o monstruoso e arbitrário domínio nacional-socialista, em que o direito foi pervertido até se tornar irreconhecível, muitos pensavam que logo após a Segunda Guerra Mundial, deveriam regressar novamente ao direito natural. Em contrapartida, o renascimento do direito natural foi muito criticado na prática, e de fato também não foi um renascimento da racionalidade e do bom senso, mas a crítica atinge propriamente a ciência, especialmente a filosofia do direito, que não tinha de todo preparado a jurisprudência para o fenômeno da “injustiça legal”.

Contudo, é importante ressaltar que este renascimento do direito natural foi episódico, mas certamente trouxe para o mundo do direito uma nova ordenação da realidade. Sem dúvidas, a doutrina do direito natural (absolutista e racionalista) e o positivismo legalista distinguem-se do ponto de vista da ontologia subjacente pela concepção sobre a razão de ser, isto é, a validade do direito: naquela é a "natureza do homem" predeterminada e imutável, neste é a contingente "vontade do legislador" desvinculada de qualquer ordem natural previamente subsistente.

Sucede, porém, que este parentesco de dois opositores tão declarados como o direito natural e o positivismo pode parecer surpreendente, mas ambos têm razões intrínsecas, pois se orientam axiomaticamente, subjazem o pensamento codificador e, sobretudo, são tributários da filosofia sistemática do racionalismo, que tem por fim erigir um sistema de conhecimentos certos e exatos. Ainda que esta concepção seja de algum modo compreensível, ela não é de modo nenhum uma resposta aos problemas que são postos atualmente.

Por isso, é correto dizer que a fonte jurídica por excelência deve ser alicerçada nos princípios reitores do direito, de maneira a se opor totalmente à "injustiça das leis" que, por iníqua, contrarie tais princípios, os quais garantam de certo modo a juridicidade ético-política do próprio sistema. Assim, a ideia de lei não deve ser exterior ao próprio ser humano, pois é preciso superar a miséria jurídica herdada do nacional-socialismo, combatendo o arbítrio no pensamento jurídico através da tutela de um direito indisponível, ou seja, aquele que a lei considera essencial à sociedade e tem proteção pelo Estado.

Certamente, um impulso essencial para a renovação do conceito de direito surge com Gustav Radbruch, salientando que no direito, ao lado dos conceitos classificatórios e que apenas admitem de tudo ou nada, entram numerosos conceitos ordenadores que admitem um compromisso mais ou menos, de onde se segue que não há uma só e única solução correta, mas várias soluções corretas, isto é, defensáveis, plausíveis e suscetíveis de consenso.

Todavia, importa acrescer que é necessário encontrar uma via para além do direito natural ontológico-substancialista e do positivismo legal funcionalista. De todo o modo, Gustav Radbruch considera na globalidade de sua obra, que diante da fatal guerra de posições entre estes dois campos, a sua posição estava para além do direito natural e do direito positivo. No entanto, afirma o jusfilósofo que o direito é parte da cultura e está referido a valores, sendo "a realidade cujo sentido é servir à

justiça".

Diante de tais considerações aqui objetadas, é preciso sublinhar no presente trabalho que Gustav Radbruch não expôs um "sistema fechado" ao modo do direito natural e do direito positivo, mas a sua filosofia do direito oferece induvidosamente um "sistema aberto". Inclusive, seus paradigmas vão muito além de uma simples teoria para o direito, sendo possível verificar que sua doutrina não é positivista, uma vez que nela também são incluídos valores, pagando contudo o preço do relativismo, e por outro lado, não é jusnaturalista, uma vez que não deduz um direito "absolutamente justo" a partir da ideia de direito.

Assim, será possível perceber no decorrer do presente trabalho que o jusfilósofo tentou ponderar racionalmente o irracional, sendo que sua maior preocupação era estabelecer um conceito de direito que pudesse refletir na prática a circularidade do processo de determinação do direito, ou seja, tal estrutura de determinação do direito deveria tornar-se transparente ao invés de se esconder por detrás dos fundamentos não racionais do direito.

Contudo, é a partir da fundamentação do direito em Gustav Radbruch, que a defesa de um conceito[1] de direito não-positivista tornará possível o estudo da "injustiça extrema" e o Estado democrático de direito, sendo relevante tal empreitada para construção de um método racional para o direito. Nesse aspecto, é preciso salientar, sobretudo, que ao se banir as "injustiças legais" do ordenamento jurídico, a proteção e o respeito dos valores fundamentais do homem (seus direitos humanos) hão de ser observados, concretizando assim, o direito na maior medida possível.

Nesta ótica, a argumentação no direito pode priorizar a relação humana concreta, superiormente às relações formais, como meio de impedir que os sujeitos de direito sejam tratados ou reduzidos à condição de "coisas", o que é o oposto de qualquer expressão de justiça. Nesse aspecto, a tarefa primordial do jurista é buscar demasiadamente um sentido "justo" para as normas jurídicas, as quais, como normas de conduta, sempre possuem duas facetas: uma justa, outra injusta.

Com efeito, no que concernem às "injustiças extremas", é preciso pensar que todas as normas criadas estão em constante relação, bem como todas as

[1] Nesse contexto, o *conceito* é a forma mais simples do pensamento, é a representação intelectual e abstrata de um objeto (não necessariamente substancial) de acordo com "o que" ele é ("entidade") antes mesmo de se fazer qualquer afirmação sobre ele. Oferece apenas um conhecimento inicial, porque se limita a formar conteúdos, sem os referir ao ser e sem lhes conferir ser na sua determinação. (KAUFMANN, 2004, p. 103).

interpretações que delas são feitas. Na realidade, tanto os juristas, conscientes de sua ampla dialeticidade, como os aplicadores do ordenamento jurídico, devem exercer uma interpretação racional que possa recriar o sentido da norma, adequando-a, quando possível, à sua função social.

Não obstante, é importante reiterar que o direito é, em tese, aquilo que a sociedade e a jurisprudência dizem que o é. Embora isso seja verdade, o jurista deve ter consciência clara de sua experiência criativa ou de sua capacidade de juízo que lhe permita afastar a “lei injusta”, a despeito do mito ideológico da “vontade da lei”, ou da “vontade do legislador”, as quais jamais podem ser analisadas univocamente, percebendo o universal no concreto. Contudo, observe-se ainda que a “injustiça extrema” debilita o Estado e patrocina uma inconsistência às instituições jurídicas.

De qualquer maneira, o trabalho em questão, procurou evidenciar que uma interpretação incorreta da “lei injusta” seria, portanto, aquela que viesse a concluir por uma injustificável e desordeira aplicação da norma não interiorizada pela sociedade. Por isso, como será evidenciado em sequências capitulares, qualquer “norma injusta”, “lei injusta”, “lei intolerável” ou “injustiça extrema” é considerada contrária à consolidação e afirmação de um legítimo e objetivo Estado democrático de direito.

Em última análise, com relação a todos os criadores do direito, à luz da mais avançada hermenêutica jurídica, se bem souber aproveitá-la, só aplica a “lei injusta” se quiser, podendo, em todas as hipóteses, considerá-la contrária aos ditames da justiça. Por conseguinte, os esforços têm que ser direcionados à consciência deste fato, pois o direito existe e só se justifica se permitir a sobrevivência e, por isso, a convivência entre os seres humanos. Por fim, não se propõe no presente trabalho, liquidar todo o assunto acerca da temática proposta, mas pretende-se, pois, estimular e fomentar mais dados que possam embasar e servir como referencial para discussões futuras, delineadas pela proposta de analisar a “injustiça extrema” de Gustav Radbruch como expressão máxima para a criação de uma nova abordagem conceitual do direito.

2 AFIRMAÇÃO DOS PARÂMETROS MODERNOS DO DIREITO POSITIVO NOS SÉCULOS XVIII A XX: UMA ANÁLISE DA TRADIÇÃO JURÍDICA ALEMÃ

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

Por essa razão, compreende-se a clara preocupação nessa pesquisa em pensar o processo de determinação positiva do direito, ou seja, a posição autoritária do *Führer*, própria do Estado baseado na força, que vê os direitos como concessões às quais foi obrigado o poder estatal. O direito que se propugna aqui não é algo que seja suscetível de cristalizar num predefinido esquema formal e conceitualizado de conhecimentos, normas e decisões. Ele deve ir além dessas convenções, procurando uma razão jurídica (uma definição dos conteúdos da justiça) que seja plural, hermenêutica e argumentativa, sempre na procura dos valores e princípios que legitimam e garantam, e que historicamente se consolida e discursivamente se reconstrói.

Embora se tenha com nítida clareza os caracteres identificadores do passado alemão, registre-se que alguns pontos importantes na tradição histórico-política-jurídica explicam o estigma vivenciado pelo povo alemão, tais como: a devastação causada pela Guerra dos Trinta Anos; a tardia unificação da Alemanha[3], comparada com a de países como a Grã-Bretanha e a França, que foram unificados muito mais cedo e desfrutaram, em consequência, de um padrão muito menos descontínuo de história e desenvolvimento social; e o fato de que, no caso alemão, a unificação ocorreu através de uma série de guerras sob a liderança dos setores militaristas que

[2] Por *habitus* - uma palavra que usou muito antes de sua popularização por Pierre Bourdieu - significa basicamente "segunda natureza" ou "saber social incorporado". O conceito não é, de forma alguma, essencialista; de fato, é usado em grande parte para superar os problemas da antiga noção de "caráter nacional" como algo fixo e estático. (ELIAS, 1997, p. 8).

[3] A unificação da Alemanha, política e administrativamente, em um Estado-nação, realizou-se, oficialmente, no dia 18 de janeiro de 1871. (ELIAS, 1997, p. 8).

governavam a Prússia, um processo no qual grandes parcelas das classes médias abandonaram os valores humanistas que tinham até então predominado em seus círculos sociais, e passaram a adotar os valores militaristas e autoritários dos prussianos hegemônicos, dentre vários outros. Nesse contexto, o despertar epistemológico da história do direito com traços marcantes na Alemanha, referenda um momento singular em que o pensamento filosófico e jurídico, ou suas ideias-força pareciam tomar a consciência de si, historicizando e confrontando a própria história para a projeção de um futuro inigualável em termos sociais e políticos.

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

Durante o fim do século XVIII e início do século XIX, o historicismo foi marca registrada no pensamento alemão, principalmente no campo da filosofia jurídica. O direito era visto não como mero produto racional, mas um produto histórico e espontâneo peculiar a cada indivíduo. Em consequência disso, a escola histórica do direito era, portanto, eminentemente antirracionalista, opondo-se à filosofia iluminista através de uma dessacralização do direito natural, substituindo o abstrato e o universal pelo particular e pelo concreto. De forma substancial, a escola histórica ao criticar radicalmente o jusnaturalismo, abre caminho para o desenvolvimento do positivismo jurídico na Alemanha.

A partir de então, admite-se comumente que o movimento pela codificação, de inspiração abertamente iluminista, marca o período de transição para o século XIX, propugnando a positivação do direito natural através de um código posto pelo Estado, representante de um direito universal. Objeta-se, assim, uma rejeição do direito consuetudinário, por ter como base o irracionalismo da tradição, contrário aos

princípios da civilização. Não é exagero discernir que de todos os eventos ocorridos no século XX, o genocídio nazista foi aquele que infligiu o maior choque à imagem que a população europeia tinha de si mesma, tão fortemente impregnada pela ideia de “civilização”. Tal período foi marcado por extrema “brutalização” e “injustiça”, gravitando-se a ideia segundo Norbert Elias em “torno de um código de honra em que duelar, exigir, e dar ‘satisfação’ ocupavam um lugar de arrogante destaque no cenário nacional” (ELIAS, 1997, p. 8).

Não é surpreendente mencionar, que os inúmeros acontecimentos enraizados na Alemanha nazista impulsionaram a revolução no pensamento jurídico alemão, tendo como um dos escopos principais para a mudança, o período compreendido entre as duas grandes Guerras Mundiais. Para explicar tal contexto, Hans-Georg Gadamer afirma que:

> Toda experiência é confronto, já que ela opõe o novo ao antigo, e, em princípio, nunca se sabe se o novo prevalecerá, quer dizer, tornar-se-á verdadeiramente uma experiência, ou se o antigo, costumeiro e previsível reconquistará finalmente a sua consistência. Sabemos que, mesmo nas ciências empíricas, como Kuhn em particular o demonstrou, os conhecimentos novamente estabelecidos encontram resistências e na verdade permanecem por muito tempo ocultos pelo ‘paradigma’ dominante. (GADAMER, 2006, 14).

Sem dúvida, a questão do nazismo na Alemanha transcendeu, reduzindo-se a uma forma de pensamento sistematizada e ingênua em seus elementos mais essenciais. É importante observar, que a doutrina alemã não idealizou o Estado de Direito como forma especial de Estado ou como forma de governo, mas como “o Estado da razão” ou “o Estado do entendimento”, aquele no qual se governasse segundo a vontade racional geral, com o objetivo pautado de se alcançar o melhor para todos os indivíduos.

Com isso, é notório perceber, que a história do pensamento jurídico alemão não é simplesmente um objeto que se possa discernir de longe, mas é sim o centro no qual o ser efetivo da história e o ser efetivo da consciência histórica aparecem e se perfazem. A partir de tais constatações, chega-se a inarredável conclusão que os doutrinadores alemães passaram a conceber o Estado de Direito como o Estado de Direito Racional, vale dizer, o Estado idealizador dos princípios da razão, preservando a vida em comum das pessoas, ideias básicas que, inicialmente, na primeira metade do século XIX, projetaram os seguintes pontos de desenvolvimento

da teoria do Estado de Direito[4], como afirma Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

> a) rejeição à ideia do Estado como criação divina, substituída pela concepção do Estado como comunidade a serviço do interesse comum de todos os indivíduos;
>
> b) certa limitação às tarefas e aos objetivos estatais, mais inclinados à preservação da liberdade e segurança das pessoas e da propriedade privada, ou seja, atividade do Estado voltada com ênfase à garantia da liberdade individual das pessoas, assegurando-lhes a possibilidade de pleno desenvolvimento;
>
> c) organização do Estado e regulamentação de suas atividades segundo princípios racionais, o que envolvia, de um lado, o reconhecimento de direitos básicos da cidadania (proteção da liberdade pessoal, da fé e da consciência individuais, da liberdade de imprensa, da livre movimentação das pessoas e da liberdade de contratação e de aquisição, a igualdade jurídica e a garantia do direito de propriedade), de outro, a independência dos juízes, visando a se obter segurança na administração da justiça (expressão tecnicamente inadequada, que deve ser entendida como exercício da função jurisdicional), o predomínio da lei e a representação do povo junto à atividade legislativa do Estado;
>
> d) aceitação do chamado princípio da divisão dos poderes, na expressão criada pelos revolucionários franceses, entendido dito princípio, porém, em fiel acatamento à doutrina de Montesquieu, como distribuição de competências entre as diversas forças políticas do Estado, a fim de não se abalar ou ameaçar a ideia lograda com muito esforço de unidade do poder do Estado. (DIAS, 2003, p. 3-4).

De qualquer modo, ao se questionar sobre as peculiaridades de longo alcance que contribuíram para a formação do sistema jurídico e político da Alemanha nazista no período em tela, observar-se que a história foi uma matriz disciplinar determinante, pois de acordo com Mary Fulbrook “cada história é um produto da época em que foi narrada” (FULLBROOK, 2012, p. 275). O entendimento sobre o significado do problema alemão é variável, assim como o que é importante e o que parece ser peculiar na história da Alemanha. Conforme salienta Hans-Georg Gadamer, evidenciando a respeito do problema da consciência histórica, o que

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

interessa ao conhecimento histórico, e em especial ao direito alemão compreendido entre os séculos XVIII a XX, não é saber como os homens, os povos, os Estados se desenvolveram em geral, mas ao contrário, “como este homem, este povo, este Estado veio a ser o que é; e como todas essas coisas puderam acontecer e encontrar-se aí” (GADAMER, 2006, p. 21).

Pretende-se abordar neste capítulo os pressupostos filosóficos, históricos e jurídicos da fascinante riqueza do passado alemão de forma a premiar a tese radbruchiana da “injustiça extrema”, despertando ainda o interesse premente de uma variedade de perspectivas e pontos de vista; e de que nunca haverá uma interpretação final e conclusiva de seus complexos padrões, o que deverá e continuará a suscitar mais análises e debates em torno da criação do Estado alemão, da prática do direito em questão e do papel exercido pelo mesmo naquele contexto. Contudo, é preciso demonstrar a partir daí, que a história da rigidez alternativa entre direito natural e direito positivo pode ser superada e que o problema está agora em saber qual a “terceira via” que nos permitirá conciliar o dado positivo com os pressupostos fundamentais condicionantes da sua validade e interpretação.

2.1 As mudanças nos padrões europeus de comportamento: a luta pelo poder e a evolução do pensamento germânico na estrutura social e jurídica

Em linhas gerais, a história, a sociedade, a cultura e a vida política na Alemanha são muito mais complexas do que se pode imaginar, haja vista os inúmeros aspectos do passado alemão que foram negligenciados, reprimidos, transformados ou simplesmente ignorados. Com toda certeza, não é possível examinar adequadamente as mudanças nos padrões de comportamento que são observáveis no século XX em sociedades europeias em geral, e na Alemanha em particular, sem um exame preparatório de certas mudanças estruturais na sociedade como um todo.

Conforme identifica Norbert Elias, “o produto nacional bruto da maioria dos países europeus aumentou com uma amplitude e a um taxa de crescimento quase sem precedentes” (ELIAS, 1997, p. 35). Por sua vez, a solução de velhos problemas permitiu que novos problemas viessem à tona, onde o assombroso impulso nessa direção começou lentamente em meados do século XVIII e acelerou, com flutuações, no século XX, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial. Em tal

contexto, a parcela da população mais pobre se viu salvaguardada contra a fome e a subnutrição, e todos os homens e mulheres se libertaram do pesado trabalho manual. Embora isso representasse um avanço na história da humanidade, por outro lado, a existência de guerras (dentro das fronteiras dos Estados) representava um real retrocesso.

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

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

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

Com isso, é possível verificar que o arcabouço de normas e controles, o código ou cânone de comportamentos em diversas sociedades, não consiste num todo unificado. Para Norbert Elias "em toda e qualquer sociedade existe um gradiente específico entre a relativa formalidade e a relativa informalidade, o qual pode ser apurado com grande precisão e ser mais ou menos elevado" (ELIAS, 1997,

[5] Norbert Elias define *stablishment* como sendo "complexo institucional". (ELIAS, 1997, p. 56).

p. 41). Vale lembrar, porém, que a estrutura desse gradiente muda no decorrer do desenvolvimento de um Estado-sociedade, e por assim dizer, seu desenvolvimento converge numa direção específica, sendo um aspecto do processo civilizador de uma sociedade.

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

2.2 Os aspectos da estratificação social na Alemanha: um embate entre a classe dominante e a classe dominada

A ideia de qualificar estratos de acordo com a ocupação e de acordo com a classe social (inferiores x superiores) são essenciais para o entendimento da formação do Estado alemão. Tal proposta é audaciosa, pois torna-se necessário saber como os membros de uma sociedade que estão dotados de desiguais oportunidades de poder e *status* se classificam a si mesmos e uns aos outros. A estratificação mostra como as pessoas numa sociedade são agrupadas quando vistas unicamente através de uma fonte de observação. De acordo com Norbert Elias:

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

Quando se examina o modo como as próprias pessoas dessa sociedade classificam os diferentes estratos sociais, torna-se evidente que os altos funcionários da administração civil e as altas patentes militares tinham definitivamente um *status*

social superior em relação aos demais cidadãos em geral. A imagem que as classes participantes formam da hierarquia de *status* constitui usualmente um sintoma bastante confiável da real distribuição de poder entre elas.

O fato é que a Alemanha foi um país em que, de acordo com o seu desenvolvimento tardio como nação-Estado, a grande riqueza da burguesia se manifestou relativamente tarde. O retrato sutil do poder naquela época mostrava demasiadamente a figura do nobre servidor do Estado, ou seja, um administrador regional, por exemplo, como muito superior e o industrial como o súdito menos poderoso. Essa exclusividade por pertencer à “boa sociedade” ou a “má sociedade”, tornava-se bastante visível nesse contexto. De acordo com a distribuição do poder, os representantes do Estado detinham as posições mais elevadas (eram dominantes), ao contrário dos comerciantes e demais cidadãos comuns (eram dominados). Os primórdios de tal formação social podem ser claramente observados na Alemanha nesse período.

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

> Pode-se dizer que essas classes superiores, diferentes em muitos estados e cidades da Alemanha, formaram uma única e grande sociedade de homens que eram *satisfaktionsfähig* - capazes de dar e exigir satisfação num duelo. Em seu círculo social, aqueles que gozavam do privilégio de exigir satisfação pelas armas de qualquer outro membro por quem se sentiam insultados, eram obrigados, por seu turno, a aceitar o desafio para combate singular de confrades que sentissem sua honra impugnada. (ELIAS, 1997, p. 58).

Por outro lado, a tradição do combate como meio de resolver disputas remonta ao tempo em que os governantes centrais do Estado estavam empenhados em pacificar a área sob seu mando, e em restringir o direito ao uso da força física nessa área a si próprios e a seus representantes. Só para ilustrar, a monopolização da violência persistiu durante séculos na Alemanha e em algumas outras

sociedades, como sinal de pertencimento ao *stablishment*[6]. A proclamação do uso da violência pela força tem sua origem no passado histórico, ou seja, o duelo era um remanescente dos tempos em que, mesmo dentro da própria sociedade a que se pertencia, o uso de violência em desavenças era a regra, quando a pessoa mais fraca (dominada), ou menos habilidosa, ficava totalmente a mercê daquelas que eram mais fortes (dominantes). A esse respeito, ensina Norbert Elias que:

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

Pois bem, na Alemanha, entre os anos de 1871 e 1918, as posições cruciais do poder do Estado eram ocupadas e controladas por membros da *satisfaktionsfähige Gesellschaft*[7], isto é, pessoas ligadas à sociedade privilegiada e transgressora da lei, formada principalmente por aqueles que tinham o direito a exigir explicações. A fim de tornar mais fácil a impunidade frente às infrações das leis do Estado pelos participantes, e provavelmente, também, para fazer com que esses usos tolerados da violência escapassem à atenção das massas, esses eventos eram realizados em lugares de difícil acesso aos não participantes. De qualquer modo, o critério uniforme de filiação representado pelo direito de pedir ou dar razões - o reconhecimento de um código de honra - não foi, por certo, o único sinal, mas foi o mais notável da formação na sociedade alemã de uma classe alta relativamente estruturada pela incorporação de cidadãos comuns e que foi gradualmente padronizada na esteira da unificação política.

O certo é que, no âmbito da ciência jurídica, essa estratificação da sociedade

---

[6] Norbert Elias define *stablishment* como sendo "complexo institucional". (ELIAS, 1997, p. 56).

[7] Como explica Norbert Elias, a *satisfaktionsfähige Gesellschaft* é "uma expressão de que é impossível dar uma tradução direta, mas que significa uma sociedade gravitando em torno de um código de honra em que duelar, e exigir, e dar 'satisfação' ocupavam um lugar de arrogante destaque". (ELIAS, 1997, p. 8).

alemã se tornou importante para entender a “injustiça extrema” em Gustav Radbruch, pois “o ideal jurídico é ideal para o direito, e mais ainda para o direito de uma determinada época, de um determinado povo e para relações sociológicas e históricas muito específicas” (RADBRUCH, 2010, p. 14). Esta é, ao menos, a primeira impressão do programa da escola histórica, como se rejeitasse com o direito natural toda valoração jurídica, como se defendesse a autolimitação positivista da ciência, a investigação puramente empírica da realidade histórica do direito. De fato, não existe nenhuma fundamentação para que um direito positivo indubitavelmente reconhecido como injusto conserve a sua vigência. Mais adiante ficará claro que a validade do direito positivo somente pode fundamentar-se na incognoscibilidade do direito justo.

2.3 A sociedade alemã agrupada em torno de um centro de integração de mais alto nível: do *Kaiser* ao *Führer*

A linha relativamente contínua e distintiva da formação do Estado alemão considerava importante o papel desempenhado pelos militares na sociedade, não sendo preciso dizer que os indivíduos que lhe pertenciam sentiam-se vinculados ao código comum de honra e comportavam-se de acordo com ele em suas relações mútuas. Os membros desse círculo conheciam-se usualmente uns aos outros, pelo menos por nome e reputação. O mesmo era válido para toda a nobreza alemã, ainda que não existissem relações pessoais entre eles, pois os nobres de toda a Alemanha podiam, não obstante, situarem-se precisamente em relação a uns e outros.

É interessante ressaltar, que toda política externa dependia largamente das decisões, simpatias e antipatias pessoais do líder. Decisões sobre a guerra e a paz dependiam, em ultima instância, dele. Suas oportunidades para influenciar a política interna eram também gigantescas. O líder, assim chamado de *Kaiser* (imperador) ou *Führer* (condutor, chefe, guia), também tinha o direito de nomear ou ratificar a nomeação de altos funcionários civis, podendo, ainda, contar com o apoio dos dois maiores pilares do Estado: a administração pública e as forças armadas. Além disso, tinha o direito de pedir e dar razões, e ao mesmo tempo, como comandante-chefe das forças armadas, tinha a sua disposição a maior parte do monopólio estatal da força. Subjaz latente, que a majestática posição do líder denotava uma considerável

afirmação de poder absoluto de mais alto *status* social.

Sem dúvida, as peculiaridades do código de comportamento e sentimento gradual da aristocracia se converteram num código nacional alemão dominante. Este incluía o direito do líder a todas as posições de mando, tanto no exército e na administração pública, como na vida dos súditos. Como tal, os membros da coletividade deveriam seguir as regras emanadas, os padrões de comportamento e as estratégias de vida consagradas no código, que era visto por todos como um pacto tácito de privilégios aristocráticos. Até o início do século XX, as classes altas de outros países europeus também consideraram, provavelmente, as regras de um código aristocrático como vinculatórias, mesmo que transgredissem as leis do país.

De forma notável, isso mostra como é possível entender e explicar a vida social de um povo, haja vista as fontes oficiais formais (como as leis escritas) serem criadas por determinadas pessoas sem representatividade por toda a sociedade. Assinale, a propósito, o que adverte Norbert Elias:

> Para compreender o código que dá forma ao padrão de comportamento e sentimento observável entre pessoas que foram socializadas de acordo com ele, as regras sociais predominantemente não escritas são indispensáveis e, no mínimo, tão informativas quanto as leis oficiais que constituem uma das manifestações formais do monopólio estatal da violência. Atualmente é prática comum usar o conceito de "universo da vida cotidiana" a fim de observar e investigar formas de comportamento e experiência mais ou menos particulares[8]. [...] O duelo pelas classes altas, tal como a briga pelas classes baixas, pode ser um ato atribuído ao "universo da vida cotidiana" da fenomenologia, etnometodologia e outros ramos filosofóides da fragmentada sociologia dos nossos dias. Mas o uso vacilante e inarticulado desse conceito paralisa completamente qualquer entendimento de estruturas na vida de seres humanos, sobretudo das estruturas de poder. Faz com que uma dada situação seja analisada isoladamente, como se ela existisse num vácuo social, e com que o analista se perca em intermináveis interpretações arbitrárias. Fica-se então vogando à deriva sem bússola num mar episódico. Como pode um cientista social nutrir a esperança de dar vida a tais experiências cotidianas, como o duelo pelas classes altas e a briga pelas classes baixas, sem tentar, ao mesmo tempo, encontrar modelos teóricos das estruturas sociais que abranjam ambas? (ELIAS, 1997, p. 71-72).

Ora, é impressionante ver como o código social das classes altas ativou usualmente a solidariedade de seus membros em face do poder do Estado. Essa era a ideia complementar da tradicional imagem do Estado alimentada pela massa do

[8] Nobert Elias, *Zum Begriff des Alltags* ("Sobre o conceito de cotidiano"), em Kurt Hammerich e Michael Klein (orgs.), *Materialen zur Soziologie des Alltags* ("Materiais sobre a sociologia do cotidiano"), Colônia, Westdeutscher Verlag, 1978, p. 22-9. (Edição especial n. 20 de *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*). (ELIAS, 1997, p. 395).

povo alemão. O código dos aristocratas tinha prioridade sobre as leis do Estado, além disso, o líder, a sociedade e a nobreza, seguidos pelos pilares civil e militar, formavam a verdadeira Alemanha. Seus representantes enxergavam o Estado não como algo que todos formavam juntos, mas como algo que lhes era externo, como as autoridades, a elite governante, os estabelecidos, enfim, os que estavam no comando.

Obviamente, nesse plano, o que realmente se propõe indicar é, sobretudo, a extensão e o rigor de rituais sociais-normativos que ditavam o comportamento das pessoas em suas relações mútuas, até mesmo ao ponto de renunciar à própria vida. Um desses efeitos é elencado por Norbert Elias:

> A ancoragem de uma forma autocrática de governo no *habitus* de cada indivíduo continuou criando o forte desejo de uma estrutura social que correspondesse a essa estrutura da personalidade: ou seja, uma hierarquia estável de dominação e subordinação, expressa de maneira bem significativa nos rituais estritamente formalizados de distância social. Para as pessoas com tal estrutura de personalidade, a formalização social de distinções entre aqueles cujo dever era mandar e aqueles cujo dever era obedecer proporcionou claras orientações para a condução de relações sociais e tornou mais fácil enfrentar os problemas que elas suscitavam. Traçou fronteiras precisas em torno da área de tomada de decisões de cada indivíduo, ou, em outras palavras, ofereceu a cada pessoa uma base firme para tomar suas próprias decisões, atribuindo-lhe áreas restritas de personalidade. Assim permitiu um controle relativamente simples sobre tensões pessoais, as quais teriam imediatamente aumentado se essa estrutura social hierárquica enfraquecesse ou começasse até mesmo a desmoronar. (ELIAS, 1997, p. 73).

Afinal de contas, é de fácil identificação na história da Alemanha a relação entre estrutura social, poder e direito. As sociedades em que o uso da força física é tolerado ou, virtualmente exigido nas relações entre as pessoas, encorajam modos de sentir e de comportar-se que habilitam a pessoa fisicamente mais forte a sentir prazer em intimidar com pretensa valentia ou em maltratar uma outra pessoa, assim que se apercebe de sua fraqueza. Nas sociedades em geral, surgem alguns tipos de pessoas que se distinguem não só pelo vigor físico ou habilidade, mas também pelo prazer que sentem em esmagar outras pessoas com armas ou com palavras, a exemplo do *Kaiser* (imperador) na idade média ou do *Führer* (condutor, chefe, guia) em pleno século XX, pautado sempre na necessidade e oportunidade de se colocar acima das leis. As causas da existência de um poder desmedido e cruel enxergavam no direito um forte aliado, capaz de justificar o surto de desumanidade que assolava o velho continente.

Nesse contexto, o código social produz um tipo de comportamento que os indivíduos devem obedecer às regras específicas e predeterminadas, induzindo a apresentarem-se sempre ostensivamente como membros da classe ordenadora. É o preço que se paga por compartilhar dos privilégios de *status* e poder da "boa sociedade". Na presença de iguais ou superiores sociais, devem sempre representar-se e legitimar-se como tais membros. Em particular, o que parece ser um contraste entre uma prescrição moral geral e uma prática seletiva era, portanto, uma expressão de fato delimitada pelo código de conduta rígido imposto na sociedade.

Naturalmente, uma das singularidades desse código impositivo é não estar compreendida nele toda uma gama de aspectos da vida humana, mas de leis positivas que deveriam ser observadas por todo corpo social. A severidade das relações humanas que encontra expressão no uso de violência física, nas pessoas serem feridas e, se necessário, mortas por outras pessoas, propaga-se como uma infecção generalizada nesse período. Observa-se, contudo, que quem se revelasse um fraco era tido na conta de um ser insignificante. Basicamente, as pessoas eram educadas para ridicularizar e bater duro sempre que se percebesse que tinham pela frente uma criatura mais fraca, tornando-a imediata e inequivocamente consciente da superioridade dos seus adversários e de sua própria inferioridade.

Na história da Alemanha, tanto para o *Kaiser* (imperador) na idade média, como para o *Führer* (condutor, chefe, guia) no século XX, não proceder assim era um sinal de fraqueza, e a fraqueza era desprezível. A ideia positivista de definição do direito pela forma se tornou o centro dos ataques teoréticos, momento em que o direito alemão, carente de identidade, estava à procura de um referencial teórico que servisse de alicerce às truculências. Tal repertório de barbáries legitimado por um regime totalitário - em especial o Nazista - havia dado cabo a todas as liberdades fundamentais até então alcançadas.

2.3.1 A profunda consolidação do quadro geral de regras da satisfaktionsfähige Gesellschaft na personalidade de seus membros: submissão às regras do código

Entre os anos de 1871 a 1918 na Alemanha, a *satisfaktionsfähige*

Gesellschaft[9] introduziu de uma forma estrita, o *stablishment*[10] hierarquicamente organizado, impondo a sociedade alemã uma redefinição entretecida de regras, onde englobou a totalidade da vida social. Nesse período, as pessoas foram submetidas a um mecanismo altamente formalizado de coação social, com severas privações. As normatizações da *satisfaktionsfähige Gesellschaft* na personalidade de cada um de seus membros, como um código que se converteu para eles numa segunda natureza, identificou cada indivíduo como pertencente a esse *stablishment.*

Todos os *habitus* - atitudes, modos de expressar-se, ideias fundamentais sobre os seres humanos - se distinguiam como tais. Reflita-se aqui, que nessa sociedade estratificada, na qual os grupos sociais deviam a continuação de sua supremacia à vitória na guerra, as formas militares de comportamento e sentimento desempenharam um relevante papel de destaque. Dita sociedade exigia a submissão incondicional às regras do código, e as transgressões deveriam ser punidas, inexoravelmente e sem piedade. Todavia, quem mostrasse fraqueza merecia ser expelido e expurgado da sociedade. Da mesma forma, quem fosse vulnerável merecia ter sal esfregado em suas feridas. Isso se desenvolveu na Alemanha e não era uma filosofia logicamente excogitada, mas antes de tudo, uma tradição não projetada de comportamento e sentimento extraída pelo cego destino da história.

O modelo de regra moral estabelecido foi considerado válido por seus proponentes para todos os tipos de pessoas em tempos e lugares, embora refletisse, de fato, a limitada moralidade de seu conteúdo. Os cidadãos que tinham ganhado acesso aos escalões superiores da administração do Estado e ao Judiciário, adotaram, de uma forma geral, os modos de comportamento da tradição aristocrática. Por certo, ainda havia seções da burguesia alemã que continuaram depois de 1871 a justificar-se em termos do conceito de cultura e em cujo código de comportamento e sentimento, os ideais humanitários e os problemas de moralidade ainda ocupavam uma posição central no enredo.

Vale a pena dissertar, que a discussão em torno da natureza de uma “história da cultura” como distinta da história política, prosseguiu intermitentemente na

---

[9] Como explica Norbert Elias, a *satisfaktionsfähige Gesellschaft* é “uma expressão de que é impossível dar uma tradução direta, mas que significa uma sociedade gravitando em torno de um código de honra em que duelar, e exigir, e dar ‘satisfação’ ocupavam um lugar de arrogante destaque”. (ELIAS, 1997, p. 8).

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

Alemanha dos séculos XVIII ao XX. A grande parcela da burguesia, que tinha sido de fato integrada na *satisfaktionsfähige Gesellschaft* em plena idade média, adotou como próprio o código de honra da classe alta. Ora, se a burguesia alemã da segunda metade do século XVIII for comparada com a burguesia alemã da segunda metade do século XIX, evidencia-se uma notável mudança. A enorme mudança de posição da cultura (*Kultur*) na escala de valores dos mais prestigiosos círculos burgueses é suficiente para comprovar e ilustrar isso. As transformações e elevações do poder econômico dos círculos da burguesia urbana e sua consciência global começaram a crescer, uma vez mais, nesse período em particular. Como explica Gustav Radbruch:

> A exigência de liberdade civil e a sua realização provinham do interesse e da força da burguesia em ascensão. Entretanto, a liberdade, à qual se referia, não era apenas para si mesma, senão a liberdade para todos - e exatamente pelo fato de que essa liberdade era exigida como seu *direito*. Segundo sua essência, o direito reclama por justiça que, por sua vez, exige universalidade da lei, igualdade perante a lei. Uma exigência colocada na forma do justo significa, portanto, conceder ao outro aquilo que se reivindica para si mesmo. Uma vez que a burguesia exigiu liberdade *na forma do justo*, ela pôde tornar-se liberdade para todos e, enquanto liberdade de coalizão, pôde ser eficaz para o proletariado combatente, tornando-se assim o meio de combate contra essa mesma burguesia, de cujos interesses no princípio se originara. (RADBRUCH, 2010, p. 33).

Tal como nos códigos de outros grupos caracterizados por sua mobilidade ascendente, os ideais de igualdade e de humanidade também eram centrais no código da burguesia alemã ascendente. Não é surpreendente citar, por certo, que diante das inúmeras dificuldades suplantadas, a Alemanha ergueu-se com relativa rapidez para tornar-se ela própria uma grande potência. O Estado germânico, que era ainda considerado um gigante fraco no equilíbrio de forças da Europa em meados do século XX, tornou-se, em poucas décadas, a principal potência da Europa continental.

2.3.2 O paradoxo alemão em torno da "cultura" e da "civilização": uma digressão sobre o nacionalismo

A rigor, a tendência crescente para conceituar processos como se fossem objetos imutáveis, representa um padrão mais generalizado de desenvolvimento conceitual que se desenrolou em direção inversa ao da sociedade em seu todo, cujo

desenvolvimento e a dinâmica registraram uma notável aceleração durante os séculos XVIII a XX[11]. Se na Alemanha se falava de cultura (*Kultur*) e civilização (*Zivilisation*), tinha-se em mente um quadro de referência geral que levava em conta o desenvolvimento da humanidade ou de determinadas sociedades de um estágio menos crítico (favorecido) para um estágio mais avançado.

Os intelectuais desse período histórico alemão, como porta vozes das camadas sociais, olhavam com esperança e confiança para um melhor futuro da nação. Não menos característico foi o uso feito dos conceitos (*Kultur* e *Zivilisation*) e outros afins como lemas para o que era então uma nova perspectiva na história, tal como concebiam as classes médias em ascensão. Certamente, foi decisivo para a posição e autoimagem das elites na Alemanha, que a tradição histórica escrita mais claramente oposta à "história política", ficasse conhecida como "história cultural" (*Kulturgeschichte*). Para enfatizar o sentido da autenticidade histórica, Hans-Georg Gadamer afirma que:

> O conhecimento histórico não pode ser descrito segundo o modelo de um conhecimento objetivista, já que ele mesmo é um processo que possui todas as características de um acontecimento histórico. A compreensão deve ser entendida como um ato da existência, e é portanto um "projeto lançado". O objetivismo é uma ilusão. Mesmo como historiadores, quer dizer, como representantes de uma ciência moderna e metódica, somos membros de uma cadeia ininterrupta graças à qual o passado nos interpela. (GADAMER, 2006, p. 57).

Conforme observado por Hans-Georg Gadamer, a consciência histórica sabe-se colocar numa relação reflexiva com ela mesma e com a tradição, ou seja, ela compreende a si mesma através de sua própria história. Em síntese, a consciência histórica é um modo de conhecimento de si. Não faltaram tentativas para definir a linha de demarcação entre "história cultural" e "história política", mas o impulso principal para a distinção não veio de qualquer investigação desarrazoada sobre a natureza da própria história ou da sociedade, era de caráter ideológico. De maneira fortuita, a distinção expressou a contínua oposição não-política das elites da classe média alemã em relação às classes politicamente privilegiadas e socialmente superiores.

[11] É com um propósito deliberado que aqui se argumenta sobre "processos", num campo de investigação que é convencionalmente considerado "história". A noção tradicional do passado das sociedades como "história" está num baixo nível de síntese: está usualmente restrita a ligações a curto prazo. Na realidade, os efeitos de eventos sociais são com frequência sentidos pela primeira vez somente séculos depois. Portanto, são necessários modelos de processos a longo prazo para explicá-los. (ELIAS, 1997, p. 387).

No caso, não é necessário acompanhar em detalhes todas as nuances da longa discussão entre os representantes da "história cultural" e da "história política" na Alemanha. O que interessa demonstrar aqui é que tanto a "*Kultur*" como a "*Zivilisation*" são igualmente indispensáveis para a boa compreensão do Estado de direito alemão. Destaca-se ainda, nesse contexto, a ideia de que a história poderia estar apta a ocupar o lugar que a filosofia detinha em séculos passados. A posição de Eberhard Gothein é no sentido de que:

> Se, na atual etapa do desenvolvimento intelectual, a história pretende ocupar esse lugar (o lugar da filosofia), só pode fazê-lo como história da cultura. Deve ser objetivo dos historiadores nesse caso deixar que surja ante seus olhos a cultura do homem[12] (*die menschliche Gesittung*[13]). Um tipo de história que está exclusivamente interessado nos assuntos dos Estados, uma história exclusivamente política, não pode fazer jus a essa tarefa. Pois embora a religião, a ciência e as artes tenha lugar dentro da estrutura de uma ordem social e seu progresso possa ser impedido ou incentivado por esta última, quem gostaria de afirmar que elas recebem do Estado seu principal impulso? A história política continua cumprindo uma tarefa necessária; ela conserva seu valor. Mas a história universal, a história da cultura, deve exigir que a história política se lhe adapte e subordine. A história cultural só pode considerar o próprio Estado como parte da cultura - talvez a sua parte mais importante (quem pode medir a importância com precisão, quando todas as partes são igualmente indispensáveis?) - mas certamente apenas uma parte relacionada com todas as outras partes que, por sua vez, se relacionam com ela. Longe de determinar o valor de outras áreas de cultura de acordo com o seu valor para o Estado, a história da cultura tende, antes, para determinar o valor de cada Estado de acordo com sua contribuição para o desenvolvimento geral da humanidade em campos culturais como a religião, as ciências e as artes, a economia ou o direito. Só se deve esperar, obviamente, que esse conceito de história desperte considerável oposição por parte, sobretudo, dos historiadores políticos. (GOTHEIN, 1889, p. 2).

Pode-se dizer, então, que em dado contexto histórico, o nacionalismo alemão estava dividido não só ao longo das fronteiras de classes, mas também ao longo de linhas derivadas da tradicional ordem do Estado, a qual deu aos homens de ascendência nobres privilégios legais e consuetudinários em virtude da linhagem. Como se pode ver, a prioridade de valores humanistas como opostos a valores nacionais ainda era sublinhada, se bem que de um modo mais hesitante, e nesse sentido explica Norbert Elias, "o Estado é apenas uma parte da cultura humana, talvez o seu aspecto mais importante" (ELIAS, 1997, p. 126). De forma gradual, os setores nacionalistas tornaram-se mais fortes, já os setores humanistas mais fracos;

[12] Texto extraído do livro de Eberhard Gothein: *Die Aufgaben der Kulturgeschichte* ("As tarefas da história cultural"). (GOTHEIN, 1889, p. 2).

[13] O termo em alemão "*die menschliche Gesittung"* traduzido para o português significa "a civilização humana". (KEMPCKE, 2011).

estes últimos, por conseguinte, tornaram-se mais nacionalistas; quer dizer, eles atribuíram um lugar superior a uma imagem ideal de Estado e nação em sua autoimagem e em sua escala de valores, embora tentassem ainda reconciliá-la com ideais humanistas e morais mais sofisticados.

Em geral, houve uma modificação de prioridade das ideias e valores humanistas e morais aplicáveis às pessoas em geral para os ideais nacionalistas que colocaram uma imagem ideal do país e da nação alemã acima dos ideais humanos e morais na escala de valores de cada indivíduo durante os séculos XVIII a XX. Com a elevada posição das classes dominantes e da elite intelectual, à semelhança com outros grupos dirigentes, delas foi formada uma imagem de sua tradição e herança nacionais. Uma questão que merece destaque em termos de emergência e ascensão do nacionalismo na Alemanha é a suplantada por Norbert Elias:

> Assim como os grupos aristocráticos tinham baseado na ancestralidade da família seu orgulho e suas pretensões a um valor especial, também, como seus sucessores, os mais importantes setores das classes médias industriais - gradualmente em conjunto com os das classes trabalhadoras industriais, sempre que estas também alcançaram uma posição de mando - basearam cada vez mais seu orgulho e suas pretensões a um valor especial ora na ancestralidade de sua nação ora em realizações, características e valores nacionais aparentemente imutáveis. Uma imagem ideal de si mesmas como nação transferiu-se para o lugar supremo em sua escala de valores públicos: ganhou precedência sobre os mais antigos ideais humanistas e moralistas, triunfando sobre eles em caso de conflito, e, impregnada de fortes sentimentos positivos, converteu-se na peça central de seu sistema de crenças sociais. (ELIAS, 1997, p. 129-130).

De tal modo, em relação à autoimagem nacional, essa asserção significou algo diferente, indicando a subordinação de valores morais ou humanistas aos nacionais. Logicamente, em relação a tal análise, como bem observou Norbert Elias, não foi empreendida uma investigação sistemática dos processos de mudança subliminar, mas a prática tradicional da política de poder que dominou as relações entre grupos governados de diferentes territórios tinha sido sempre lutar implacavelmente pela realização do que se acreditava ser o interesse próprio de cada um, sem barreiras de qualquer tipo. A esse respeito, registre-se que o círculo vicioso gerado foi amenizado graças, por vezes, pelo simples discernimento de que as pessoas deviam conservar a própria casa em ordem, e de que se elas quisessem viver sem medo umas das outras como grupos, não menos do que como indivíduos em grupos, “só poderiam obter êxito em tal empreitada, impondo regras comuns de

conduta e as correspondentes restrições a si mesmas" (ELIAS, 1997, p. 131).

Nessa situação, quando a política de poder passou a ser adotada em nome de uma nação, certos aspectos centrais da figuração que os Estados formavam entre si permaneceram inalterados. Contudo, embora o impulso primário para a formação do nacionalismo como um sistema de crença proviesse da esfera interestadual, quer em decorrência do medo comum pela integridade e sobrevivência da própria sociedade a que se pertence, quer pelo desejo comum de um incremento de seu poder, *status* e prestígio em relação a outras sociedades, um credo nacionalista podia também servir como instrumento de dominação de um grupo sobre o outro. É nesse sentido que o nacionalismo revela-se uma das mais poderosas, e talvez a mais poderosa das crenças sociais dos séculos XIX e XX, não obstante se tornar um específico fenômeno social característico das grandes sociedades-Estados em desenvolvimento. A posição básica assinalada é que "aquilo que se chama 'nacionalismo' é, simplesmente, o 'patriotismo' de outros, e o que uma pessoa designa por 'patriotismo' é a sua própria forma de 'nacionalismo'" (ELIAS, 1997, p. 144).

2.4 A dualidade dos códigos normativos das nações-Estados: uma contradição existente

Entre as tantas peculiaridades já apontadas, na maioria dos Estados alemães, o hábito de muitos séculos tinha produzido uma tradição de atitudes e crenças que estava afinada com um forte discurso de governo de cima para baixo, com pouquíssima participação de todos os governados. As pessoas por mais que se rebelassem contra as tradições, estavam acostumadas a que todas as decisões, no tocante à condução do Estado, estivessem nas mãos de pequenas elites autocráticas, que detinham as rédeas do poder num vasto sistema de controle legal. A quem diga que a maioria das nações-Estados soberanas e interdependentes no século XX produziu um duplo código de normas cujas exigências são inerentemente contraditórias. A esse respeito, sobre a dualidade dos códigos normativos existentes, assevera Norbert Elias:

> Um código moral proveniente dos setores em ascensão do *tiers état*[14],

[14] O termo em francês "*tiers état"* traduzido para o português significa "terceiro Estado". (LAROUSSE,

> igualitário no caráter, e cujo valor supremo é o "homem" - o indivíduo humano como tal, e um código nacionalista derivado do código maquiavélico dos príncipes e da aristocracia dominante, de caráter não-igualitário, e cujo valor supremo é uma coletividade - o Estado, o país, a nação a que um indivíduo pertence. (ELIAS, 1997, p. 146).

Na mesma linha de direção, Henri Bergson, um dos poucos filósofos a questionar esse duplo código, enumera o seguinte:

> Uma filosofia moral que não sublinhe essas distinções foge à verdade; suas investigações serão assim inevitavelmente distorcidas. De fato, quando estabelecemos que o dever de respeitar a vida e os bens de outros é uma exigência fundamental da vida social, a que sociedade nos referimos? Para encontrar uma resposta, precisamos apenas pensar no que acontece em tempo de guerra. Assassinatos e pilhagem, perfídia, mentira e fraude tornam-se não só legítimos, mas até dignos de louvor. As nações guerreiras podem dizer como as bruxas de Macbeth: "O Bem, o Mal, é tudo igual". (BERGSON,1935, p. 20).

Nas sociedades-Estados dos séculos XIX e XX, os indivíduos foram criados e educados para agir de acordo com dois importantes códigos de normas que são, em alguns aspectos, mutuamente incompatíveis. Diante disso, a preservação, a integridade e os interesses da sociedade-Estado, de sua própria coletividade soberana e tudo o que ela representa e simboliza, são assimilados por cada indivíduo como parte de seus *habitus*, como um princípio condutor da ação que, em certas situações, pode e deve sobrepor-se a todos os outros. Por via de regra, ao mesmo tempo, as pessoas são criadas e educadas com um código humanista, igualitário e moral, cujo valor supremo, superando todos os outros, é o ser humano individual.

A questão fundamental é que ambos os códigos acabam sendo, na linguagem usual, "internalizados", ou talvez se devesse simplesmente "individualizá-los". No entanto, tornam-se facetas da própria consciência do indivíduo, e mais, em sociedades acima de um certo nível de diferenciação, códigos de normas inerentemente contraditórios podem coexistir em graus variáveis. A conexão entre a racionalidade da escolha e a sustentabilidade das razões considera o papel e a função das normas, separando, todavia, a forma e o conteúdo: não se considera que diferentes normas possam ter diferentes funções sociais, nem que a maioria dos tipos de normas possuem funções integradoras, assim como divisoras e separadoras.

2005).

Ao que parece, em muitos dos casos, as normas são conceituadas dentro de um espectro altamente idealizado e frequentemente são discutidas de um modo que sugere que as de uma mesma sociedade são bem estruturadas e consistentes. Isso é realmente controverso, pois os fatos, como é possível verificar, são amplamente diferentes. As tensões e os conflitos entre os dois códigos em pleno século XX, podem expressar-se em confrontos e lutas entre diferentes seções da população de um Estado, ou em colisão dos próprios indivíduos consigo mesmos. Tais diferenças são suscetíveis de criar repetidos bloqueios de comunicação entre membros de diferentes sociedades-Estado e de agravar tensões entre Estados. Na verdade, a falta de uma clara percepção do problema básico de que compartilham todas as nações-Estados do século XX, sintetizam o reflexo do uso generalizado do termo "norma", como se normas fossem sempre fatos benevolentes, integrais e uniformes.

Com bastante propriedade e preocupado com o problema em detalhes, Kingsley Davies percebe alguns dos conflitos que resultam do caráter multiforme e contraditório das normas, sublinhando o seguinte:

> Um sistema social é sempre normativo. A sua integração baseia-se no fato de que os seus membros têm em suas cabeças, como parte da herança cultural, a noção de que *devem* ou *não devem* fazer certas coisas, de que algumas ações são *boas* e outras são *erradas* ou *más*. Cada pessoa julga-se a si mesma e aos seus semelhantes de acordo com essas regras sutis e ubíquas; e qualquer violação é punida por alguma reação negativa, seja ela grande ou pequena. Assim, toda a sociedade humana está impregnada de uma atitude de avaliação, uma atitude de louvor ou censura, de acusação e justificação. Contestar as *regras* ou, pior ainda, questionar os sentimentos subjacentes nelas, é incorrer em certas penalidades, a menor das quais é a controvérsia. A pessoa que, em seu próprio pensamento, procura furtar-se completamente ao sistema moralista a fim de estudar objetivamente o comportamento [...] é prontamente estigmatizada como agnóstica, cínica, traidora ou algo pior ainda. Em vez de apoio público para o seu trabalho, deve contar com a hostilidade pública. (DAVIES, 1965, p. 10).

As normas têm uma tendência integradora, mas ao mesmo tempo, podem revelar-se hodiernamente desintegradoras, pelo menos na medida em que a humanidade como um todo não é o seu efetivo centro de referência. Norbert Elias ainda complementa, assinalando o seguinte:

> Em nações-Estados contemporâneas, o código supremo de uma determinada sociedade pode inculcar em seus membros a ideia de que o ser humano individual é o valor supremo e, ao mesmo tempo, que a coletividade soberana, a nação-Estado, é o valor supremo a que todos os objetivos e interesses individuais - mesmo a sobrevivência física dos indivíduos - devem estar subordinados. Como já foi dito, os conflitos resultantes de um código de normas inerentemente cindido e contraditório, e

> de uma correspondente formação contraditória da consciência dos indivíduos, podem ser latentes apenas em certos períodos de tempo e tornar-se agudos somente em face de situações específicas. Não obstante, o próprio fato de existirem contradições desse tipo é significativo não só para o entendimento dessas sociedades, mas também para o da sociedade como tal. Não se pode deixar de levar em conta em qualquer teoria da sociedade o fato de que, nos estágios passados e presente do desenvolvimento social, a sobrevivência de um grupo de indivíduos como tal era e é considerada de um valor superior ao da sobrevivência desses indivíduos considerados singularmente. (ELIAS, 1997, p. 150-151).

É bom frisar, que o desenvolvimento de um código de normas dual é uma das características comuns de todos os países que sofreram a transformação de um Estado aristocrático-dinástico para um Estado nacional mais democrático. Além disso, os conflitos, contradições, e tensões inerentes nesse desenvolvimento, podem manifestar-se e tornar-se muito agudos somente em situações específicas, sobretudo em emergências nacionais, como as guerras. A razão imediata para essa digressão aponta que o nacionalismo alemão é frequentemente tratado como um fenômeno isolado, como se a nacionalização do sentimento, da consciência e dos ideais tivesse ocorrido somente na Alemanha.

Talvez se possa ver o problema em melhor perspectiva quando se aborda o credo nacionalista alemão sob a ótica do direito. De fato, é difícil determinar o que é peculiarmente alemão na variedade alemã de um credo nacionalista sem recorrer a um modelo que, em linhas gerais, exponha as tendências do desenvolvimento comum que propiciaram o estabelecimento de variedades de nacionalismo em todas as sociedades-Estados nos séculos XIX e XX. Tentativas foram feitas para encontrar soluções de compromisso, mas a presença de um código dual centrado, por um lado, no indivíduo humano, e por outro lado, na nação-Estado, realçando-os como valor supremo, é um momento central de desenvolvimento comum a todas essas sociedades.

2.5 Uma breve consideração sobre a civilização e a violência: o caminho para o *status* de uma grande potência na Alemanha

Numa perspectiva civilizacional, o sentimento de que o império alemão foi, por longo tempo, um Estado fraco e ocupou uma posição relativamente baixa na hierarquia dos Estados europeus, ainda prevalece no desenvolvimento da Alemanha. Tal desenvolvimento mostra, com particular clareza, como os processos

de organização da sociedade dentro dos Estados foram indissoluvelmente interligados. Entretanto, a etapa de integração nacional nos territórios alemães e a correspondente ascensão da Alemanha à categoria das grandes potências europeias ocorreu tarde. Tudo era necessário na luta competitiva entre os Estados. A esse respeito, esclarece Norbert Elias que:

> A ascensão da Alemanha, depois de 1871, à categoria de grande potência europeia - ao perigoso círculo mágico dos Estados lutando pela hegemonia - teve grande significação para a política interna. A unificação da Alemanha tinha sido obtida através de vitórias militares sobre Estados rivais. A liderança nessas lutas estava nas mãos da nobreza. Em comparação com esta, a burguesia alemã desempenhava um papel político secundário. As pessoas de classe burguesa estavam, em sua esmagadora maioria, excluídas das mais altas posições de comando nos Estados alemães. As grandes decisões políticas e militares ainda eram tomadas nas cortes principescas. Na Prússia, especialmente, com raras exceções, todas as posições chaves eram reservadas aos aristocratas. É verdade que muitas pessoas da classe burguesa não tinham ficado satisfeitas com seu papel marginal e haviam lutado, de uma forma ou de outra, contra a supremacia das cortes e da aristocracia. Era um sinal, acima de tudo, do fracasso dessa luta, que o sonho da burguesia de uma Alemanha unificada tivesse sido concretizado através dos esforços dos estratos mais poderosos e de mais elevado *status* - através dos feitos de um príncipe e de seus ministros e generais nobres - na base de uma guerra vitoriosa. (ELIAS, 1997, 166).

Não bastassem as relevantes posições acima, uma vez que os anseios de unificação tinham sido realizados através de guerras vitoriosas sob a liderança militar da aristocracia, conclui-se a partir disso, que tanto a guerra como a violência, também eram considerados bons e esplendidos instrumentos políticos[15]. A contrariedade na definição de guerra e, respectivamente, de paz nesse contexto, nasce da consideração do fim comum de todo ordenamento jurídico no seu conjunto. A paz pretendida pelo direito é aquela no interior de um grupo social, mas a sociedade humana é composta, ou mais precisamente foi composta até agora, por

[15] Não só pessoas individuais, mas também grupo de pessoas, como classes e nações, aprendem a partir de suas experiências. Como um correlato da continuidade entre gerações existe algo, portanto, como uma memória coletiva em grupos sociais. Uma das experiências coletivas fundamentais de vastos setores da burguesia do império guilhermino foi a lembrança de que a tão sonhada unificação da Alemanha não foi conseguida pacificamente, através da razão e de uma revolução burguesa contra a supremacia dos príncipes e da aristocracia mas, pelo contrário, através de uma vitória militar sobre a França, obtida sob a liderança da aristocracia. A reviravolta ocorreu em consideráveis parcelas da burguesia alemã por causa dessa experiência coletiva pode ser expressa, talvez correndo o risco de um certo grau de supersimplificação, da seguinte maneira. Foi como se muitos de seus membros dissessem: “Todas as nossas belas ideias nenhum préstimo tiveram para nós. O que nos tirou das profundezas abissais e nos levou para as alturas e, portanto, para a meta pela qual nos esforçamos tanto por alcançar, foi a força militar, a violência militar. Obviamente, isso é o que conta nas questões humanas. As belas, as grandes palavras de Schiller, Goethe e os outros, com seu apelo à espécie humana e à humanidade - tudo isso ajudou muito pouco. No final das contas, o que ajudou mesmo foi apenas a força armada, a vontade de potência e a firmeza de decisão”. (ELIAS, 1997, p. 403).

muitos grupos humanos. Esses grupos, entrando em conflito entre si muitas vezes, demonstram pretensões uns em relação aos outros. Um dos modos de impor uma pretensão, cuja satisfação não pode ser obtida com negociações ou meios de pressão psicológica - é a violência organizada - aquilo que se denomina no teor da palavra como sendo guerra. Ora, diante de tais constatações, por que a Alemanha nazista liderada por Adolf Hitler resolveu trilhar o caminho da guerra e não o da paz?

Como resposta a essa intervenção, não é difícil encontrar uma explicação em Norberto Bobbio, que preleciona o seguinte:

> Embora a guerra possa ser exaltada por parte das teorias do progresso em certos contextos históricos e a paz, em outros contextos históricos, vituperada, na visão global da história a paz acaba por ser um valor em última instância superior à guerra: na sua necessidade, a guerra ainda é sempre um mal; na sua insuficiência, a paz ainda é sempre um bem. Prova disso é o que, enquanto a paz pode ser considerada um ideal a que a humanidade deve tender (pense-se, por exemplo, na “paz perpétua” de Kant), a guerra só pode ser considerada, mesmo na concepção mais catastrófica da história, apenas um meio para atingir um certo ideal, mas não um ideal digno de ser buscado por si mesmo. Existem filosofias da história que consideraram a paz o fim a que tende a humanidade; não existe nenhuma filosofia da história, mesmo terrorista (para usar a expressão de Kant), que tenha considerado a guerra meta ideal do curso histórico da humanidade. A guerra foi muitas vezes entendida como o estado inicial da história - o estado natural -, nunca como o estado final. Ou se foi projetada como o estado final, este último foi visto não como uma meta ideal, mas como uma queda; não como a salvação, mas como a perdição da humanidade. (BOBBIO, 2003, p. 153-154).

A impressão que se tem é que a violência suscita o horror, e em alguns casos pode ocorrer de forma mais ampliada, duradoura, mortífera, nos remetendo a guerra. Parece certo afirmar que a guerra e a violência não só sempre existiram, mas ainda persistem em grande medida como consequências da história da humanidade. Observa-se de forma espantosa, que muitas das conquistas civis, consideradas no decorrer da história para o progresso da humanidade, foram geradas com violência. A título de exemplo, importante citar aqui alguns desses fatos marcantes: os conflitos na Roma antiga, os conflitos tribais na África, a Revolução Francesa, a Revolução Inglesa, a Revolução Russa, a Guerra da Independência dos Estados Unidos da América, a Guerra Civil Chinesa, a Primeira e Segunda Guerras Mundiais, dentre várias outras.

Nesse passo, surgem outras indagações que merecem respostas, sendo crucias para entender, depois de um século de positivismo jurídico, por que permanece a ideia na qual as leis positivas podem ser consideradas injustas. E

mais, até que ponto as medidas tomadas pela autoridade nazista alcançavam realmente legitimidade e eram respeitadas pelos cidadãos naquela época? Seriam elas válidas e de fato úteis? Haviam limitações?

A esse respeito, é importante mencionar que as medidas excepcionais tomadas por Adolf Hitler na Alemanha nazista, foram fortemente combatidas por Giorgio Agamben, que recusou a aceitar o seu grau de legalidade, afirmando que seu escopo, em verdade, significava a própria negação do direito. Para este pensador italiano, o estado de exceção traz em si uma ordem, ainda que não jurídica, tratando-se de medidas que acarretam a suspensão do direito. Dialeticamente, as tentativas de Adolf Hitler de inserir o estado de exceção no direito, tratando-o como uma forma de expressão deste, na visão do aludido autor, constituem tese que não se sustenta. Afinal, tem-se que:

> Se o que é próprio do estado de exceção é a suspensão (total ou parcial) do ordenamento jurídico, como poderá essa suspensão ser ainda compreendida na ordem legal? Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica? E se, ao contrário, o estado de exceção é apenas uma situação de fato e, enquanto tal, estranha ou contrária à lei; como é possível o ordenamento jurídico ter uma lacuna justamente quanto a uma situação crucial? (AGAMBEN, 2008, p. 39).

Em todo caso, o problema não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico, mas sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. Assim, se uma lei, ordinária ou não, contrariar direitos supralegais, deve ter afastada a sua incidência, considerando-se a como antissistemática, pois, se aplicada, o que nela é contingente seria, positivistamente, erguido à condição de necessário. Na prática, a injustiça debilita o Estado e patrocina uma inconsistência das instituições jurídicas. De acordo com Juarez Freitas:

> O intérprete transdogmático não é um servo da lei, pois não a obedece, pura e simplesmente, mas funde o seu horizonte com o da norma jurídica, sendo este o motivo pelo qual deve, frontal e resolutamente, desaprisionar-se de formalismos excessivos, oriundos, em boa medida, do exagerado apego ao tronco romanístico-continental. (FREITAS, 1989, p. 107).

Outro ponto crucial a ser analisado é que desde a época dos faraós até as ditaduras do presente, o controle sobre o monopólio estatal da força tem sido usado por pequenos grupos estabelecidos como decisiva fonte de poder para garantir seus próprios interesses. É constantemente verificado isso, na medida em que cada

Estado representa um perigo constante para o domínio de outros Estados. Os seus representantes e membros devem estar sempre prevenidos e contar constantemente com a possibilidade de serem atacados por um Estado mais forte, de ficarem dependentes dele ou até colocados sob seu domínio.

De modo semelhante, "todo o Estado de grandes dimensões está em constante preparação para a violência com outros Estados, e quando tal violência é deflagrada, aqueles que a cometem são extremamente apreciados" (ELIAS, 1997, p. 164). Assim, todos os grandes Estados, ainda que menores em extensão, mantêm especialistas em violência, em condições de constante prontidão, para que possam entrar em ação no caso de uma ameaça de invasão violenta por um outro Estado, ou, de uma forma ou de outra, se o próprio Estado deles ameaça um qualquer[16]. Uma consequência disso é que, a esse respeito, uma curiosa divisão atravessa, de ponta a ponta, a nossa civilização (entendida agora como sendo uma humanidade como um todo).

Diante de tais pressupostos, no lugar dos sentimentos de inferioridade nacional identificados, cujas raízes eram muito profundas, surgiram desde então, sinais fortemente enfatizados de grandeza e poderio nacionais germânicos. Contudo, o caminho para o *status* de uma grande potência estava aberto para a Alemanha, onde a determinação de lutar pela supremacia decorreu em grande medida muito rapidamente devido a isso. Gradativamente, o pêndulo foi do extremo de humilhação para o extremo da exultação, e, assim, um número crescente de membros dos estratos dirigentes da Alemanha sentiu que seu país tinha de estar preparado para a luta pela hegemonia da Europa.

2.5.1 A guerra e as mudanças na estrutura de poder: a brutalidade e a barbárie sob um "véu de ignorância"

De maneira assombrosa e grosseira, na guerra, as pessoas comuns do lado do inimigo, não são tratadas como seres humanos. Essas pessoas não são mais do que "bestas selvagens e malignas" (ELIAS, 1997, p.168). Quando uma guerra "explode", tudo se torna incerto. É incerto até mesmo se haverá um vencedor e um

[16] De acordo com Norbert Elias "[...] esses especialistas em violência também podem vir a apoiar um estrato social ou um partido político específico, em suas lutas com outros, em conflitos intra-estatais". (ELIAS, 1997, p. 402).

vencido. Muitos jovens alemães foram para os campos de batalha em 1914 com a ideia de que a guerra era algo maravilhoso, grandioso, um inenarrável momento de glória. Devido ao sentimento nacionalista, estavam impregnados de que a vitória seria certa, no qual se refletiu a força de seus sonhos sobre a futura "grande" Alemanha. No campo do direito, explica Charles Nunes Bahia que:

> Talvez, em todas as esferas do conhecimento, a verdade venha mascarada por esses antagonismos, que se mostram como a propulsão necessária à aceitação de determinada crença como válida no âmago da sociedade. No campo do direito, o papel de vilão coube ao positivismo jurídico, que ainda permanece irremediavelmente injustiçado pelos estereótipos que duramente lhe foram impostos. (BAHIA, 2013, p. 1).

As consequências da guerra nesse período foram terríveis, ocorrendo na verdade, um pavoroso morticínio. O processo militar não planejado contrariou os planos preconcebidos dos generais, sendo certo que, após pesadas perdas, as ofensivas redundaram-se numa cinzenta guerra de trincheiras. Isso já era previsto à margem dos conflitos que se anunciavam dia após dia. O inconcebível tornou-se um fato e a Alemanha exauriu sua energia para travar uma guerra contra a emergência. Com a derrocada das instituições aristocratas, o fim do regime, a destruição do país após a guerra, aumentaram-se as oportunidades de chegada ao poder de grupos anteriormente à margem (grupos marginais que estavam em posições inferiores na escala social), em primeiro e destacado lugar, as organizações de trabalhadores. Veja-se que, pela primeira vez na história da Alemanha, seus representantes assumiram o governo do *Reich*[17]. No que se refere ao protagonismo da guerra,

[17] De um modo geral, pareceu a muitos membros dos antigos estratos dirigentes ser um rompimento com a tradição alemã, uma redução de seus próprios direitos de governar, que representantes desses grupos que tinham estado anteriormente muito abaixo deles assumissem agora funções de governo. O regime parlamentar, alinhado com os modelos ocidentais - o qual era favorecido e apoiado pelos aliados, os inimigos de ontem - apresentava-se aos olhos daqueles como duplamente condenável: porque promovido pelos inimigos ocidentais e porque parecia projetado para assegurar aos representantes da classe trabalhadora um acesso duradouro a posições governamentais e abrir-lhes, portanto, oportunidades de poder que jamais haviam possuído na Alemanha. Pode-se entender esse contraste como uma expressão de um conflito de classes - mas não um conflito de classes como retratado em livros. As tensões frequentes, beirando a guerra civil, entre diferentes campos da população alemã, acompanhadas de violência no período inicial da República de Weimar, não correspondem exatamente à imagem um tanto simplificada de tais conflitos descrita por Marx. No seu roteiro, as fábricas situam-se no ponto central dos conflitos de classes, formam o foco das tensões entre a burguesia e a classe trabalhadora. Em seu âmago, essas tensões parecem ser simplesmente uma expressão dos interesses econômicos antagônicos de empresários industriais e de trabalhadores industriais. No tempo de Marx, isso talvez fosse um diagnóstico adequado, embora, é claro, mesmo então, a fábrica fosse um aparato para exercer o domínio e as lutas por oportunidades econômicas formassem um aspecto - embora um aspecto muito central - de uma luta pelo poder. Durante o século XX, entretanto, os conflitos e tensões no nível político adquiriram crescente significação em relação aos registrados em nível de fábrica. E o

Norberto Bobbio sinaliza que:

> A solução última do problema da guerra pode vir do reconhecimento por parte de todos de que no nosso tempo a humanidade pertence a um único mundo e que existe um só inimigo comum: *a nossa irracionalidade* que impede de enfrentar juntos os problemas globais que afligem a humanidade, sendo o primeiro deles a prevenção da guerra. (BOBBIO, 2003, p. 36).

Nesse ponto, Norberto Bobbio chama a atenção para aqueles que estão convictos de que a guerra não deveria acontecer em hipótese alguma, chamando-os de objetores de consciência[18]. Por outro lado, a quem diga que não são somente as revoluções, mas também as guerras, que trazem à luz mudanças estruturais em relações de poder, mudanças essas já em curso no tecido institucional tradicional, mas paulatinamente encobertas por esse mesmo tecido. Essas questões são elementares, pois uma guerra vitoriosa teria provavelmente garantido, uma vez mais, a subordinação das massas à liderança das classes vencedoras. Se isso é verdade, a guerra perdida teve como efeito a redistribuição de forças que vinha ocorrendo silenciosamente sob a superfície do Estado, estimulada pela rápida industrialização da Alemanha. Em razão disso, os soldados e trabalhadores retiraram de forma massiva sua obediência à classe derrotada.

Não é preciso supor, que tal como a maioria dos terroristas na República Federal, os da Alemanha de Weimar eram predominantemente oriundos das famílias de classe média. É difícil estabelecer uma linha distintiva de quantas pessoas foram assassinadas como politicamente indesejáveis por membros dos *Freikorps*[19] e das associações estudantis que com eles colaboravam estritamente, nos primeiros anos

---

acesso a posições dirigentes, como a toda uma série de outras posições na administração estatal e urbana, que os representantes dos trabalhadores tinham alcançado na Alemanha (como na Grã-Bretanha) depois de 1914-1918, desempenhou um papel considerável na divisão de oportunidades de poder entre esses dois grupos sociais. Quando num relacionamento entre o *establishment* e os que se encontram à margem dele, com um gradiente de poder muito acentuado, a distribuição de pesos de poder desloca-se um pouco a favor dos grupos de fora, sem eliminar a superioridade de poder do *establishment*, então, com grande regularidade, a tensão entre os dois campos intensifica-se - embora, com frequência, não de maneira óbvia. O fato de que os prévios grupos subordinados, incluindo neste caso os representantes de partidos dos trabalhadores, tinham ganhado acesso às posições de comando decisório do Estado e, através dele, a muitas posições intermédias e inferiores na hierarquia da administração, não foi percebido em muitos círculos burgueses e nobres do velho *establishment* como um passo significativo no sentido da integração da classe trabalhadora na nação, mas simplesmente como uma restrição às suas próprias posições de liderança, como uma redução dos seus méritos pessoais, como uma destruição de seus ideais. (ELIAS, 1997, p. 403-404).

[18] Objetores de consciência são aquelas pessoas que não estão dispostas a aceitar nenhuma das justificações mencionadas sobre a guerra e, portanto, afirmam que ela é incondicionalmente um mal absoluto. (BOBBIO, 2003, p. 25-37).

[19] Os *Freikorps* eram nessa época os principais atores na violência política à margem do Estado. (ELIAS, 1997, p. 175).

da República de Weimar. Vê-se claramente que a maioria dos estudantes estava do lado daqueles que, em conjunto com os *Freikorps* e outras organizações militares, procuravam com violência derrubar a república parlamentar e substituí-la por uma forte ditatura militar. Havia exceções, porém, de alguns estudantes que não eram favoráveis a uma revolta patriótica contra a República Federal da Alemanha. A ideia de que assassinar adversários políticos era correto e oportuno parecia ser axiomática nesse contexto.

Após o fracasso empreendido na guerra, a derrota provou que os oficiais militares e as classes dirigentes tinham conduzido a grande massa populacional e os trabalhadores falsamente, e que as promessas haviam se tornado palavras vazias, não obstante, as privações e misérias da guerra também tinham sido em vão. Tanto o ódio como a violência exacerbaram-se numa espiral contínua, demonstrando a intensa fragilidade e a total desordem. O oficialato alemão conservou-se plenamente operacional, como um quadro unido, após a abdicação do líder, mas o supremo comando militar sentiu-se responsável pela integridade do Estado e, na realidade, era-o em certa medida.

Com efeito, foi afirmado de fato, não sem justificação, que a ascensão de Hitler ao poder dificilmente teria sido possível sem a contribuição organizacional e militar dos antigos membros do *Freikorps*. A política mundial estava muito distante e o sonho era belo, mas a disciplina militar, firmeza e coragem seriam altamente valorizadas de novo com a representatividade de um povo nas mãos de um líder carismático. Os indivíduos que faziam parte dos *Freikorps* não se sentiam no dever de prestar contas a quem quer que fosse, exceto ao seu próprio grupo e a seu líder, cuja autoridade pessoal despojava sempre uma tácita promessa de vitória. A despeito disso, de modo semelhante, em relação à guerra e a mudança na estrutura de poder, evidencia Norbert Elias que:

> Se investigarmos as condições numa sociedade em que formas civilizadas de comportamento e de consciência começam a dissolver-se, veremos, uma vez mais, algumas das etapas desse trajeto. É um processo de brutalização e desumanização que em sociedades relativamente civilizadas, requer um tempo considerável. Em tais sociedades, terror e horror dificilmente se manifestam sem um processo social bastante longo, durante o qual a consciência se decompõe. Na tentativa de entender o surgimento da violência nua e crua como objetivo social, com ou sem legitimação estatal, as pessoas usam com muita frequência diagnósticos estáticos e métodos de explicação a curto prazo. Pode haver certa pertinência nisso quando não se está realmente interessado em encontrar explicações mas, antes, em questões de culpa. Nesse caso, é bastante fácil descrever a barbarização, a descivilização, e também a própria reserva e o comportamento civilizado de

> cada um como expressão de uma decisão pessoal livremente escolhida. Mas tal diagnóstico e esclarecimento voluntarista não nos leva longe. (ELIAS, 1997, p. 180).

Essa motivação fundamental tem sido discernível ao se reconhecer o curso de desenvolvimento dos *Freikorps* como um dos caminhos que levaram a atos de violência extraestatal durante a República de Weimar, assim como os atos de violência estatal no período do Nazismo. Sob essa perspectiva, observa-se um grau de compreensão do longo período de acumulação e estruturação que precedeu os grandes atos de barbarismo que, no começo, eram sobremaneira invisíveis, mas depois, tornaram-se mais óbvios. Numa escalada vertiginosa, os objetivos dos *Freikorps*, sob muitos aspectos, eram idênticos aos de Hitler. Se os líderes dos *Freikorps* falharam, Hitler teve êxito, em grande parte, porque se esforçou por mobilizar vastos setores das massas através do uso de propaganda extraparlamentar.

Pode-se afirmar, talvez, que por trás de um "véu de ignorância", no contexto secular da história do pensamento jurídico Alemão exista uma concepção otimista, que deriva quase sempre de uma incapacidade ou de uma consciente recusa de pensar no destino do homem e de sua história até as suas raízes. Ante o problema da justificação da guerra pelos alemães, a guerra, como qualquer outra obra do homem, pode ser submetida à avaliação do justo e do injusto, ou seja, nem todas as guerras são injustas; nem todas as guerras são justas, há guerras justas e guerras injustas. Historicamente, importa salientar que, na perspectiva da guerra e nas mutações em relação às estruturas de poder, o problema de fundo é estabelecer se existem pretensões justas de um Estado em relação ao outro.

2.5.2 A literatura da guerra na República de Weimar: o horror escrito em versos

Os anos de *ferro*[20] e muitas avaliações do colapso na República de Weimar e a da ascensão do nazismo, listam as diversas dificuldades que a democracia incipiente enfrentou durante a sua curta existência (embora não tão curta como a do Terceiro *Reich*). A primeira República alemã, embora indivisa, que nasceu em 1918,

[20] "Ferro" é uma outra palavra-chave desse período, pois ser fraco ou até mostrar uma fraqueza é, como se pode ver, algo muito terrível. Na mudança de um Estado fraco para um Estado forte, o código humanista-moralista-civilizador foi correspondentemente convertido num contra-código, com fortes tendências anti-humanistas, antimorais e anticivilizadoras. (ELIAS, 1997, p. 187-188).

tratou a experiência da guerra de várias maneiras. Um dos primeiros exemplos, e talvez a melhor obra e mais representativa da literatura alemã pró-guerra desse período é o texto de Ernst Jünger (*In Stahlgewittern: ein Kriegstagebruch*, “A tempestade de aço: um diário de guerra”), publicado pela primeira vez em 1922 na Alemanha.

Conforme assinala Ernst Jünger em seu texto, as prosaicas lutas pela hegemonia foram dotadas de um grande significado:

> O desenvolvimento das tropas apresentou um estranho espetáculo. Em crateras abertas pelas explosões defronte às trincheiras inimigas, as quais estavam sendo ininterruptamente castigadas pelo intenso fogo da artilharia, os batalhões concentrados em companhias até onde a vista alcançava aguardavam a ordem de atacar. Quando vi aquela concentração maciça, pareceu-me que romper as linhas inimigas era a coisa mais certa deste mundo. Mas haveria em nós vigor bastante para desbaratar as reservas do inimigo e pulverizá-las sem apelação? Eu estava confiante que sim. A batalha decisiva, arrancada final, tinha começado. O destino das nações estava caminhando para a sua irresistível conclusão, e *o que estava em jogo era o domínio do mundo*. Eu estava consciente do significado dessa hora; e acredito que, naquela ocasião, cada homem sentiu sua identidade individual dissolver-se em face de uma crise na qual ele tinha um papel a desempenhar e pelo qual a história seria feita. Ninguém que tenha vivido momentos como esses pode duvidar de que *a história das nações se constrói e cai com o destino das batalhas*. A atmosfera de alta tensão era espantosa. Os oficiais estavam de pé, aprumados, e gritando excitadamente comentários galhofeiros uns para os outros. (JÜNGER, 1922, p. 246).

Aqui, o ilustre autor alemão eleva o barbarismo da guerra a um plano de excelência, algo que reflete o passado de “extrema injustiça” assinalado por Gustav Radbruch. As teorias jurídicas da guerra buscam explicar o critério da guerra justa na reação a uma injustiça sofrida ou preexistente, uma represália, uma obrigação de cumprimento, mas em especial, no caso de legítima defesa. De acordo com Gustav Radbruch, “a questão do juízo de valor sobre a guerra não deve fundar-se, como frequentemente sucede, nos seus efeitos secundários, favoráveis ou desfavoráveis, mas tão-somente na maneira como satisfaz o seu próprio destino” (RADBRUCH, 2010, p. 295).

A descrição de Ernst Jünger trouxe uma ideia de encorajamento mútuo, sem ocultar os temores num claro contexto social. Sua obra é, na realidade, uma glorificação do jovem oficial alemão da classe média, um membro da geração nascida na década de 1890. Embora o texto se baseasse nas notas de um diário que ele manteve durante a guerra, a versão se revela grandiosa para elucidar o período pós-guerra. Subjacente ao exposto, “o desfecho da guerra de 1914-1918

significou uma dupla derrota: *internacionalmente*, na luta decisiva pela supremacia na Europa e no mundo dependente da Europa; e *internamente*: na luta pela supremacia dentro da Alemanha" (ELIAS, 1997, p. 194-195).

Dito isso, uma pergunta remanesce em torno dos vários acontecimentos suplantados: qual era o verdadeiro objetivo da República alemã nesse período? Internamente (dentro dos limites do Estado), o fim do sistema multipartidário e a restauração de relações claras, hierárquicas e formalizadas de domínio e subordinação, tal qual existiam durante o reinado do *Kaiser* (idade média); e externamente, a recuperação da posição da Alemanha como grande potência, com a existência ou não de guerras. Uma característica peculiar da situação alemã no final da guerra de 1914-1918 era que as novas autoridades governantes tivessem o controle somente em medida muito limitada sobre as forças militares e policiais necessárias à manutenção da ordem. Nesse sentido, foi essa circunstância que deu aos movimentos e organizações violentos da classe média e da classe trabalhadora a oportunidade de ação a essas regulamentações.

Não se pode negar, que nas sombrias e violentas batalhas, o equilíbrio de forças era muito mais irregularmente distribuído do que nas lutas parlamentares entre partidos. Registre-se, que num estratagema parlamentar, os representantes das organizações dos trabalhadores, interessados em obter reformas não-violentas, tinham agora acesso a oportunidades de poder através da ocupação de posições governamentais, potenciais ou reais, e outras responsabilidades na condução do Estado, que antes lhes tinham sido vedadas. Porém, o crescimento dos atos extraestatais de violência, preparou o caminho para a tomada do poder por Adolf Hitler. Muito se fala que o período da República de Weimar suplantou uma crescente "paralisia" do monopólio estatal da violência, evidenciando-se também uma crescente "erosão" do Estado alemão de dentro para fora.

Sem dúvida, a destruição do regime republicano-parlamentar era uma das metas políticas da classe média alemã desde os primeiros anos do pós-guerra imediato. Por outro lado, havia também o interesse no rearmamento militar como um passo no caminho da recuperação da posição da Alemanha como grande potência. Isso demonstra que a vontade de destruir, uma consequência de sonhos frustrados, apossou de muitos membros dos antigos *Freikorps* num discurso irrefletido no tempo da República de Weimar. De fato, a violência do movimento nacional-socialista, com a ajuda de associações de defesa privadamente organizadas, tinha causado a

quase completa dissolução do monopólio da força.

Nesse plano, através da tomada do poder por Adolfo Hitler, esse propósito negativo recebeu uma nova roupagem positiva, e, assim, o dia 30 de junho de 1934, foi o símbolo típico do divisor de águas no desenvolvimento do movimento revolucionário radical, que obteve uma vitória e cujos adeptos se converteram, então, de destruidores do Estado em representantes do Estado. Com a ajuda de um credo contrário, um grande número de outros ex-mercenários que tinham aderido à organização nacional-socialista, e que viam na ascensão de Adolfo Hitler a plena realização política e jurídica de todas as suas esperanças, foram assassinados brutalmente pela própria gente do *Führer*. Contudo, não pode haver dúvidas de que a República de Weimar nasceu sob circunstâncias difíceis, com reflexos numa situação de derrota e humilhação nacional.

Dentre os horrores supramencionados, chega-se a conclusão de que a República de Weimar vivia na sombra da derrota, com dificuldades constitucionais, com partidos políticos fragmentados, a ausência de um consenso democrático, e por fim, uma série de problemas econômicos e legais, com explicações em um verdadeiro colapso generalizado. Resta evidente, que o ataque proferido contra o positivismo jurídico, traz ao campo de batalha a ideia de que uma norma injusta jamais pudesse ser cumprida, tendo em vista que nem mesmo o Estado teria legitimidade para ordenar atos que atentassem contra a humanidade. É nesse cenário que o direito ganha contornos de uma beligerância ideológica, onde destaca a imagem de Gustav Radbruch, importante jurista alemão, que antes de 1946 tinha na segurança jurídica proposta pelo positivismo o valor por excelência do direito, e que mais tarde, ao se deparar com os estragos deixados pela guerra, teria mudado sua visão e passado a defender, nos casos de “extrema injustiça”, a “justiça” e não a “segurança” como valor supremo do Estado (BAHIA, 2013).

2.5.3 O estigma do terrorismo e seus reflexos na moral e no direito: a expressão do conflito social entre as gerações

Nesse plano, os anseios das gerações do pós-guerra convergiram não só para um poderoso movimento político que se estendeu muito além do seu próprio país, mas, que, ao mesmo tempo, trouxe consigo uma catarse, e para ser mais preciso, uma purificação da opressiva maldição do passado nacional. Tal premissa

pode ser verificada nas sociedades mais desenvolvidas em pleno século XX, pois a necessidade de significação pessoal, que faz parte de uma distinta tradição cultural, mais da burguesia do que da classe trabalhadora, é frequentemente satisfeita pela dedicação a um ideal ordinariamente político. Por oportuno, é importante observar que a variante da classe trabalhadora estava basicamente mais preocupada com a luta pelos interesses tangíveis dos trabalhadores, ao passo que, na variante da classe média, destacavam-se num plano ideal, as funções de transmissão de um significado estritamente moral.

Tanto os aspectos teóricos quanto os aspectos morais, desempenharam um papel decisivo no movimento estudantil e na oposição extraparlamentar na República Federal nos anos de 1960 a 1970. Essas observações são extremamente relevantes para discernir com clareza a peculiaridade do problema herdado em relação ao terrorismo avassalador engendrado pela burguesia, com adeptos em várias frontes de batalha. Além disso, na esteira dos acontecimentos, diante das duas Grandes Guerras do século XX, ocorreram surtos emancipatórios específicos ou um recrudescimento nas oportunidades de poder de grupos previamente mais fracos e oprimidos[21]. Com o estabelecimento do *welfare state,* e a relativa facilidade com que os jovens podiam ganhar dinheiro por trabalho em curto prazo, pouco a pouco foram habilitados, e tornaram-se mais depressa financeiramente independentes de seus pais. Isso serviu como um bem vindo meio de orientação (estímulo) para as classes sociais. Assim, os ditos movimentos de protesto e rebelião de classes médias nas sociedades europeias do pós-guerra usaram a herança das ideias marxistas como um meio de orientação e luta.

É desnecessário dizer, que o assassinato de pessoas em muitos países europeus, principalmente nas duas Grandes Guerras Mundiais do século XX, deixou uma herança de franca desconfiança em relação aos altíssimos *slogans* nacionais e patrióticos, em cujo nome as pessoas se lançavam umas contra as outras. Percebe-

[21] De acordo com Norbert Elias “Numa era em que conflitos militares de mais longa duração exigem a mobilização da população inteira, uma guerra evidencia a dependência das classes governantes dos grupos menos poderosos dos governados com muito mais clareza que em tempos de paz. Foi característico das duas grandes guerras totais do presente século a promessa feita à população de elevadas recompensas após a vitória. E embora as promessas nunca fossem inteiramente cumpridas, ambos os períodos do pós-guerra mostraram no começo, de fato, um claro movimento para a “esquerda”, como se diz na linguagem política de hoje – isto é, um aumento nas oportunidades de poder dos grupos menos poderosos, especialmente a classe trabalhadora. O subsequente desenvolvimento dessa democratização obedeceu ao modelo de uma famosa procissão: três passos para a frente, dois passos para trás”. (ELIAS, 1997, p. 409).

se, porém, que a sensibilidade exacerbara-se não só em relação às atrocidades e crueldades que tinham sido cometidas em nome da Alemanha, mas também em relação à perversidade do mundo em geral. E mais, a partir desse enredo, em certa medida, o cerne das experiências que redundaram no terrorismo pareciam mais uma tragédia ao estilo antigo do que um simples crime.

No centro do dilema entre legalidade e legitimidade, o certo é que o código de moralidade da classe média, com referência ao comportamento individual, foi outrora muito rígido e talvez ainda continue sendo até os dias atuais. No entanto, o que tem de ser enfatizado é o crescente significado que a moralidade das relações sociais na vida pública dos Estados foi adquirindo, em contraste com a moralidade das relações individuais, na esfera privada. Todavia, o caráter absoluto do imperativo categórico, que em grande medida se concentrava antes na padronização do comportamento individual, é atualmente encontrado no absolutismo das exigências morais, que de alguma forma, recaem sobre o comportamento de grupos em relação a outros grupos humanos. Isso sinaliza uma das principais raízes do desentendimento entre as gerações do presente e passado histórico.

O que ocorreu na República Federal da Alemanha, e em certo grau, em outros Estados mais desenvolvidos da Europa e da América nos anos seguintes à Segunda Guerra Mundial, é precisamente o aparecimento de grupos de uma geração mais jovem, com predomínio da origem burguesa, que se revoltaram contra as gerações mais velhas e contra o seu corpo de normas. Em muitos casos, as ondas de terrorismo representaram um desses caminhos experimentais sem saída, revelando uma expressão de desespero por grupos de pessoas mais jovens acerca da resistência das gerações mais velhas, e acerca da inutilidade de sua batalha contra o modo de vida destas últimas.

Por vezes, os problemas decorrentes de tudo isso, fizeram-se sentir na República Federal alemã quando, após a destruição causada pela guerra, a reconstrução já estava em vias de progresso. Diametralmente, é possível afirmar que:

> Assassinatos, incêndios, quebra-quebras e roubos usados como meios para a realização de objetivos políticos significam uma violação do monopólio estatal da força física, cuja manutenção garante que as pessoas, dentro de um Estado, podem conviver relativamente em paz e livres de violência. Um alto grau de pacificação interna é um requisito preliminar para a complexa estrutura das funções de uma nação-Estado industrial. A estratégia violenta dos grupos terroristas era um ataque deliberado à continuada existência do

> monopólio estatal da força, e visava, por assim dizer, o próprio coração do Estado, pois quando esse monopólio se torna incapaz de funcionar e desmorona, então mais cedo ou mais tarde o Estado também desmoronará. Mas quebrar o monopólio requer, ao mesmo tempo, a derrubada de barreiras individuais contra ações violentas no interior do Estado, incorporadas como parte do padrão normal de formação da consciência de cada membro da infância em diante. E uma vez que a necessidade de abstenção de atos de violência no interior do Estado estão, de fato, intimamente interligados, os movimentos terroristas representam movimentos regressivos no contexto do processo civilizador. Eles têm um caráter anticivilizador. (ELIAS, 1997, p. 251).

Em resumo, o que torna duvidoso nesse processo, e para o qual ainda esta faltando uma explicação convincente, é precisamente a extensão do assassinato planejado de pessoas que não podiam oferecer a menor resistência; assassinatos, além disso, para os quais ainda hoje dificilmente se pode reconhecer qualquer razão que possa ser qualificada como realista ou racional.

Na verdade, este trabalho não pretende esgotar todas as respostas que o mundo ainda precisa saber a respeito do massacre ocorrido no coração da Europa por um líder totalitário, que cunhou em suas mãos sanguinolentas a "injustiça extrema". Por derradeiro, ainda não existe uma explicação plausível para o enorme genocídio a serviço de algo que tem sido designado como uma teoria ou um credo e ideal político, quer dizer, o assassinato em massa a serviço de uma utopia, o sonho de um grande império na Europa, sob o domínio dos alemães ou povos de descendência germânica. Ademais, recordar esse momento na história do direito alemão não é irrelevante, pois a mistura pseudo-racional de ilegalidade impregnada nesse contexto trouxe uma nota de brutalidade calculada a serviço de uma causa: o direito é a realidade que tem o sentido de servir ao valor jurídico, à ideia do direito? Para Gustav Radbruch, a ideia do direito não poder ser outra coisa senão a justiça[22].

[22] O arcebispo Konrad Groeber, de Freiburg, em seu sermão proferido na véspera do ano-novo, em 1940, posiciona-se contra a doutrina de que "o direito é aquilo que é útil ao povo": 1. Idêntica à proposição "O fim justifica os meios"; 2. Negação do fato fundamental de que existe um bem e um mal *em si*; 3. Deveria corresponder à realidade para todos os povos - também para os *povos inimigos* e, do mesmo modo, entre eles justificaria toda atrocidade útil; 4. *Quem* decidirá sobre a utilidade? Em síntese, tão-somente o sucesso!; 5. Como, se ao útil para o povo se opõem empecilhos de ordem jurídica; por exemplo, os tratados? Perdem então eles todo o valor? Aquele que defende isso renunciaria à respeitável dignidade moral e a ser digno de confiança; 6. O que no momento afigura-se como útil pode no futuro evidenciar-se como fatídico e prejudicial. Transformar-se-ia o direito então em injustiça?; 7. Resumindo: em última instância, essa proposição significa uma "catástrofe da vida legal". Considera Deus a força moral suprema. Justiça, e não utilidade, é a ideia do direito! (RADBRUCH, 2010, p. 47).

2.6 O colapso civilizatório de uma superpotência: um retrato da crença nacional alemã em torno do Nazismo

De uma maneira geral, as vítimas do holocausto alemão são uma lembrança de como Hitler tinha desejado exterminar uma detestada minoria da população, em especial, os judeus. Concomitantemente, na superfície da questão, o principal problema do genocídio em massa, em nome de uma nação, de homens, mulheres e crianças de um grupo, não reside no ato em si, mas na irracionalidade de um líder que se dizia carismático e que tinha na “pseudo-lei” um ideal para a nação. Diante de tais evidências, veja que os destroços deixados ao fim da Segunda Guerra Mundial fizeram com que o direito se tornasse principal instrumento na busca de justificativas ao terror instaurado, o que, posteriormente, gerou críticas ao positivismo.

O barbarismo sem precedentes iniciado por Hitler era uma excrecência cancerosa no corpo da sociedade. As guerras conduzidas em moldes científicos, o extermínio altamente organizado, e cientificamente planejado, de grupos populacionais inteiros, em campos de concentração especialmente construídos, e em lugares impedidos de todo o contato com o exterior, em que as pessoas eram condenadas à morte pela fome, pelo gás ou fuzilamento, são mostras da verdadeira identidade do aparelho totalitário do Estado alemão.

O fato de que a sociedade nazista havia passado por mudanças significativas como resultado da política racial é indiscutível, mas a decisão final de destruir fisicamente todos os judeus na Alemanha e nos territórios conquistados foi tomada por Hitler e os membros mais íntimos da liderança do Estado e do Partido Nacional-Socialista. Nessa época, os nazistas tinham procurado despojar os judeus da maior parte de seus bens e haveres, e mantiveram-se firmes em expulsá-los de todas as atividades profissionais que pudessem mantê-los em contato com a população não judaica. Em tal retrospecto, na década de 1930, quando os nacionais-socialistas chegaram ao poder, ainda era inteiramente inconcebível para a maioria das pessoas na Europa e na América, que os alemães pudessem matar a sangue-frio milhões de homens, mulheres e crianças. Nesse sentido, a decisão da elite nacional-socialista no poder foi mantida sob o mais rigoroso sigilo e sem restrições, onde várias pessoas foram mortas.

De um ponto de vista mais geral, o aparelho estatal alemão consistia numa

série de setores semiautônomos, quase feudais, cada um deles chefiado por um *Führer* de segunda categoria, compostos por personalidades como Ribbentrop, Göring, Himmler e Goebbels, sendo cada um com suas organizações subordinadas e com extensões em todo o país. Assim, por trás da eficiência funcional, cada um dos setores formava um domínio oficial, de cuja utilidade para Hitler e o partido dependiam o prestígio e o *status* de seus principais dirigentes. O Estado hitlerista, com seus chefes rivais de domínios oficiais quase autônomos, era mantido de forma coesa e sob o controle do *Führer*.

Nos anos de 1925, no *Mein Kampf* ("Minha Luta"), Hitler já tinha sido ele próprio vítima de ataques com gases na Primeira Guerra Mundial, e recomendou o uso de gases para a morte em massa dos judeus. Devido a suas experiências, as primeiras câmaras de gás foram efetivamente instaladas num campo de concentração perto de Poznan no período de 1941. A partir daí, mais câmaras de gás foram instaladas aos arredores dos domínios alemães, e a destruição dos judeus pôde ser acelerada. De todas as regressões ao barbarismo ocorridas na Europa do século XX, talvez, a implantada na República Federal alemã por Hitler foi a mais profunda em todos os aspectos. Com relação à atitude dos nacionais-socialistas em relação aos judeus, explica Norbert Elias que o "sofrimento e morte de judeus não parecia significar para eles mais do que a eliminação de moscas" (ELIAS, 1997, p. 276).

Na verdade, por que razão a liderança nazista decidiu no começo da guerra exterminar todos os judeus sob seu domínio?

> Era tão só uma questão de cumprimento de uma crença profunda arraigada que tinha sido central para o movimento nacional-socialista, desde o começo. De acordo com essa crença, a grandeza presente e futura da Alemanha e de toda a "raça ariana", da qual o povo alemão era a suprema encarnação, exigia "pureza racial"; e essa "pureza" biologicamente concebida exigia a remoção e, se necessário, a destruição de todos os grupos humanos "inferiores" e hostis que pudessem contaminar "a raça", sobretudo todas as pessoas da cepa judaica. Hitler e seus seguidores nunca esconderam o fato de que consideravam os judeus os piores inimigos deles e da Alemanha. Para isso não precisavam de qualquer prova específica. Sua convicção era simplesmente a de que isso tinha sido determinado pela natureza, pela ordem mundial e seu criador. Acreditavam que os judeus, em virtude de suas características raciais inatas, estavam fadados a detestar o superior ariano-germânico e, se lhes fosse dada essa oportunidade, a destruí-los. Quem quisesse salvar a coroa da humanidade, a raça ariana, da destruição pelos judeus e outras "raças" inferiores tinha, portanto, que considerar como sua mais nobre tarefa e missão destruir os próprios judeus. Os discursos de Hitler e de muitos outros líderes nazistas somados a toda a literatura nacional-socialista são testemunho do vigor e consistência dessa doutrina. (ELIAS, 1997, p. 277).

Ora, tal crença suplantada pelo nazismo de Hitler tinha reflexos profundos na própria aplicação da “lei injusta” observada por Gustav Radbruch, tema este que será tratado nos capítulos ulteriores. Para explicar as posições iníquas adotadas na Alemanha pelo *Führer*, Juarez Freitas sintetiza que “quando a norma é em si mesma injusta, não há que, numa interpretação dinâmica, escolher entre o direito positivo e a justiça, pois a escolha já deve estar feita em favor da justiça - princípio máximo do direito” (FREITAS, 1989. p. 92). Neste passo, também adverte Helmut Coing (1976) que o direito deve estar sempre em marcha, sendo um propósito principal. Logo, parafraseando, o que se viu na Alemanha nazista nesse período foi um total retrocesso e um dissenso legislativo. Assim, de acordo com Santo Tomás de Aquino (1980), uma lei tirânica, como não é conforme a razão, não é lei, senão certa perversão da lei (um misto de irracionalidade e opressão).

Não é, por certo, que finalidades e crenças professadas no nazismo são no máximo, com muita frequência, impulsos secundários para a ação, e talvez, mera arma ideológica que encobre outros interesses mais estreitamente parciais e determinados. Foi devido a essa crença professada nas décadas de 1920 e 1930, que muitas pessoas dentro e fora da Alemanha, não estavam preparadas para a dura “realidade” que estava por vir, galgada em parte por “interesses reais privados”. Diante de fatores mais ou menos evidentes, algo estava muito errado aos olhos dos mais céticos. A maneira de pensar tinha bloqueado o discernimento de que atos selváticos e mortes podiam ser perpetrados por um movimento nacionalista, cuja violência e destruição total dos inimigos tinham preponderância no valor incessante da crueldade e do morticínio.

À luz do curso normal dos eventos, a doutrina nacional-socialista imposta mostrou o seu verdadeiro retrato para o mundo, com diversas e flagrantes características, permitindo uma radicalização da política de crenças no nazismo:

> O sistema de crenças nazistas, com sua rala camada de verniz pseudocientífico espalhada sobre uma primitiva e bárbara mitologia nacional, foi um dos mais extremos sintomas do crepúsculo moral e intelectual em que eles viviam. Não as atraia, com poucas exceções, o fato de que tal sistema não podia resistir ao julgamento de pessoas mais educadas e isso foi provavelmente uma das razões pelas quais essas pessoas subestimaram com frequência a seriedade da própria crença e a autenticidade dos sentimentos nela investidos. Poucos mitos sociais e, em especial, nacionais do nosso tempo estão livres de semelhantes falsidades e barbarismos. A doutrina nacional-socialista mostra, como num espelho deformador, algumas das mais flagrantes caraterísticas comuns desses

> mitos. Não era incompatível com a fervorosa crença de Hitler na verdade fundamental do credo que professavam o fato de que ele e seus auxiliares eram mestres da dissimulação e da divulgação de mentiras deliberadas, que suas pregações continham uma forte dose de ódio, impostura e hipocrisia. (ELIAS, 1997, p. 281).

Não há dúvidas de que Hitler, um expoente do totalitarismo, acreditou desde o começo em sua missão messiânica de salvador da Alemanha, com vários seguidores que também acreditavam nisso. O inestimável anseio de controle externo por um soberano forte - o *Führer* - ganha maior intensidade em situações críticas, e foi devido a esse sentimento "nacionalista" por parte dos alemães com referências a um líder, que a Alemanha se tornou uma superpotência na Europa nessa época. Porém, os alemães mantiveram vivo o grande império alemão do passado em seus pensamentos, e isso se explica em razão dos conceitos como *Reich*[23], que ajudaram a perpetuar a memória através dos tempos.

Na Alemanha, o idealizado "Terceiro *Reich*", representou a terceira tentativa para anular o preciosismo que parecia impedir repetidamente os alemães de alcançar a grandeza a que estavam destinados. Porém, foi a última e a mais desesperada tentativa, mais uma vez, de ressuscitar o "*Reich*" com que os alemães tinham tanto sonhado através dos séculos. De forma inigualável, o orgulho nacional e a autoestima coletiva dos alemães foram sempre mais frágeis do que a de povos como o britânico e o francês, que tiveram um desenvolvimento mais contínuo e uniforme. Assim, o código alemão de comportamento não fez concessões às fraquezas e imperfeições humanas, via de regra, suas exigências eram absolutas e inflexíveis. Entretanto, a plena obediência às "regras" era capaz de proporcionar satisfação. Em vista disso, durante séculos de dominação absoluta, os alemães tinham desenvolvido um anseio no mundo de ideais, crenças, princípios básicos e padrões nacionais que puderam ser obedecidos de forma totalizante.

Em suma, o ideal nazista de um *Reich* desempenhou um papel fundamental no colapso da civilização alemã, caracterizando-se por um verdadeiro "idealismo negro". Veja-se que o reconhecimento e a orientação restrita a uma só nação ou "raça", trouxe ao povo germânico uma espiral de problemas que transcende sua própria origem histórica. Nos séculos XIX e XX, o povo alemão absorveu em sua consciência um "ideal pátrio" como um mecanismo mais ou menos automático de

[23] Segundo Norbert Elias, o *Reich* "era parte integrante da imagem que os alemães tinham de si mesmos". (ELIAS, 1997, p. 286).

autodireção comportamental, sobretudo diante das várias situações de tensão e conflito suportadas pelo Estado. Ressalte-se, porém, que muitas das características da tradição alemã de crença, comportamento e direito explicam-se melhor por referência ao modelo peculiar de história alemã como uma história de declínio. Assim, é possível observar que os potenciais escondidos dentro dessa tradição se aglutinaram nas origens de um movimento tão cruel e bárbaro chamado de nazismo, e que a ascensão e a queda desse movimento marcaram o ponto em que todo um período da história da Alemanha chegou ao fim - um período em que os alemães tiveram um sentimento de grandeza orientado para o passado - e com clara simbologia no conceito de "império" (*Reich*).

É somente à luz de reflexões como essa, que se torna acessível o pleno significado dos fatores que contribuíram para o colapso civilizatório de uma grande potência na Europa. Particularmente, no caso da Alemanha nazista, a violência foi dirigida com especial fúria contra os judeus, que nada puderam fazer, nem mesmo puderam se defender das atrocidades ocorridas. Além disso, é bom frisar que todos esses horrores aconteceram com a aprovação da única autoridade (o *Führer*) que, para muitos alemães, teve um lugar de destaque na consciência suprema do Estado alemão. Hitler e a fé nazista mantiveram os alemães prisioneiros de sua própria história, à semelhança de outros povos com fortes elementos de fantasia em seu comportamento e pensamento.

Pois bem, de acordo com João Fábio Silva da Fontoura (2009, p. 50), não há como discordar que dita perspectiva tenha tido início na própria Alemanha, onde uma gama de juristas, perplexos com os horrores do nazismo, teria precipitado em concluir que havia "leis injustas*"* e que, tendo as mesmas sido aplicadas, só poderia isto ser uma decorrência da oposição entre direito positivo e direito natural, com o triunfo do primeiro sobre o segundo[24]. Por outro lado, ao contrário do que se pensa, as atrocidades cometidas pelo Estado alemão não foram praticadas por total e irrestrita obediência à lei, uma vez que os elementos quem compõem a estrutura positivista jamais conseguiriam justificar as ordens arbitrárias que se impunham para a instauração definitiva dessa estrutura estatal totalitária fundada no terror. Assim, para afastar esse complexo e desarranjado emaranhado de ideias, faz-se necessário expor adiante as importantes características juspositivistas e jusnaturalistas, bem

[24] É emblemática, neste sentido, a postura de Gustav Radbruch em Günter Ellschied: "O problema do direito natural: uma orientação sistemática". (ELLSCHIED, 2002, p. 215).

como algumas evidências histórico-políticas no contexto do nazismo, que servirão de álibi para eximir de culpa inocente “vilão”.

3 UM ENFOQUE SOBRE O FUNDAMENTALISMO JURÍDICO ALEMÃO: O ESTADO NAZISTA É CONSIDERADO UM ESTADO DE DIREITO?

O círculo vicioso em torno de promessas “ilegais” e “injustas” manteve os alemães prisioneiros do nazismo por um longo período de tempo no cenário histórico da Alemanha. Nesse nível, a crença de muitos germânicos no *Führer* como símbolo da nação-Estado, reforçou a ideia de um fundamentalismo patriótico de primeira grandeza. Quando se fala em nazismo, o antissemitismo é uma das primeiras características que vem à mente. No que se refere às matrizes do pensamento racional que explicam o fundamentalismo jurídico alemão, é preciso entender aqui o seguinte: o Estado nazista é considerado um Estado de direito?

É evidente, como afirma João Fábio Silva da Fontoura (2009), que a grande articulação de um “regime jurídico” nacional-socialista não se construiu a partir de uma legislação substancial, mas ao contrário, se dissolveu em um movimento contra a lei, projetando-se inclusive contra os direitos fundamentais, relegando-se a uma posição de subordinação aos interesses do *Reich*. Veja-se que os horrores que tiveram lugar na Alemanha do nacional-socialismo, na sua maioria, não foram instrumentalizados por meio de leis, de sorte que os postulados do positivismo jurídico (a este ponto da história, aliás, bastante sedimentados), não seriam capazes de dar conta de todas as tarefas que se impunham para a instauração definitiva de “uma estrutura estatal totalitária, baseada no terror, característica da ideologia nazista” (NEUMANN, 1995, p. 2).

Sem dúvidas, o ódio racial estigmatizado pelos nazistas foi apenas um pretexto utilizado para transformar os judeus em bodes expiatórios. Era impossível diferenciar antropologicamente alemães judeus dos não judeus, pois não existiam características raciais exclusivamente judaicas, e o "arianismo" não passava de uma ilusão. As leis nazistas de discriminação contra o povo judeu não tinham ligação com considerações da raça em si, nem eram a causa do movimento, significavam sim um pretexto político para seus fins.

Numerosas são as tentativas de se explicar o assassinato de milhões de judeus, mas o certo é que por trás dessas atrocidades havia uma espécie de “interesse” realista a serviço de uma política contrária aos anseios claros de uma sociedade. Basicamente, os judeus foram vítimas dos nazistas porque representavam uma minoria, onde viveram numa era de puro intervencionismo

estatal, dominada por um grande líder político.

De fato, não foi pequeno o apoio inicial que os nazistas receberam do exterior, sendo que a humanidade pagou um elevado preço pelo antissemitismo. Por sua vez, os comunistas alemães abriram o caminho para o nazismo ajudando a enterrar de vez o liberalismo no país, pois estavam ansiosos para tomar o poder através da violência.

No início de 1919, o choque criado pelos comunistas e marxistas, que se declararam a favor da ditadura do proletariado (com plena rejeição à democracia), gerou enorme descrença no povo. Por tal motivo, os nacionalistas foram rápidos em aproveitar essa mudança de mentalidade. Vários foram os métodos utilizados pelos nacionalistas, sendo fiéis a um plano para a tomada do poder. Em 1919, a escolha política alemã era entre o totalitarismo bolchevique, sob a ditadura de Rosa Luxemburgo e Karl Liebknecht, ou o parlamentarismo. No entanto, os comunistas, apesar de minoria, não estavam dispostos a aceitar a decisão democrática, e o único meio de detê-los era usando a força.

Pode-se dizer então que a intervenção militar dos nacionalistas foi vista como única saída pela maioria dos alemães, chegando ao poder graças à ameaça comunista. Ambos disputavam os mesmos adeptos, já que o liberalismo não era mais uma alternativa após tanta idolatria ao Estado[25]. De acordo com Frederich August von Hayek:

> Poucos estão prontos a admitir que a ascensão do Nazismo e do Fascismo não foi uma reação contra as tendências socialistas do período precedente, mas o resultado necessário dessas mesmas tendências. Esta é uma verdade que a maioria das pessoas reluta em aceitar, mesmo quando as semelhanças entre muitos aspectos detestáveis dos regimes internos da

[25] O prêmio Nobel Frederich August von Hayek, também analisou o nazismo por um prisma semelhante e concluiu que a relativa facilidade com que um jovem comunista podia se converter em nazista ou vice-versa era notória na Alemanha. Aqueles estudantes que detestavam a civilização liberal do Ocidente não sabiam ao certo o que escolher (entre nazismo e comunismo), mas tinham em comum o ódio ao modelo liberal. Frederich August von Hayek explica a situação em “O caminho da servidão”. "É verdade que na Alemanha, antes de 1933, e na Itália, antes de 1922, comunistas e nazistas ou fascistas entravam mais frequentemente em conflito entre si do que com os outros partidos. Disputavam o apoio de pessoas da mesma mentalidade e voltavam uns aos outros o ódio que se tem aos hereges. No entanto, seu modo de agir demonstrava quão semelhantes são de fato. Para ambos, o verdadeiro inimigo, o homem com o qual nada tinham em comum e ao qual não poderiam esperar convencer, era o liberal da velha escola. Enquanto o nazista para o comunista, o comunista para o nazista, e para ambos, o socialista, são recrutas em potencial, terreno propício à sua pregação - embora se tenham deixado levar por falsos profetas - eles sabem que é impossível qualquer tipo de entendimento com os que realmente acreditam na liberdade individual". Mesmo o professor Eduard Heimann, um dos líderes do socialismo religioso alemão, escreveu que o liberalismo tem a honra de ser a doutrina mais odiada por Hitler, e pelos socialistas também. (HAYEK, 2010, p. 51-52).

> Rússia comunista e da Alemanha nacional-socialista são amplamente reconhecidas. Em consequência, muitos dos que se julgam infinitamente superiores às aberrações do nazismo e detestam com sinceridade todas as suas manifestações trabalham ao mesmo tempo em prol de ideais cuja realização levaria diretamente à tirania que odeiam. (HAYEK, 2010, p. 31).

A verdade é que Hitler conseguiu subsídios das grandes empresas na primeira fase de sua carreira política, e mais, recebeu esse dinheiro como um rei recebe o tributo de seus súditos. De maneira impetuosa, caso os empresários negassem o que era demandado, a violência deveria ser utilizada nesses casos. O próprio *Führer* havia concluído que não era necessário socializar os meios de produção oficialmente, pois ele havia socializado os homens, e grande parte do avanço do nazismo era fruto da contribuição empresária, assim como várias outras camadas da nação, incluindo a Igreja Católica e Protestante. E como senão bastasse, o lamentável fato é que a maioria do povo alemão abraçou o nacional-socialismo.

A partir de então, muitos alemães passaram a acreditar que o nazismo era o caminho da salvação, tendo em vista as falaciosas ideias estatizantes do *Führer* que pregavam a conquista de mais espaço físico, e recursos naturais para garantir o suprimento doméstico e a retomada do crescimento. Diante dos males causados pelo intervencionismo estatal, dar mais poder ao Estado era a solução proposta, e em franca oposição à razão aqui alicerçada, a “ignorância” da grande maioria dos alemães permitiu o avanço do nacionalismo-socialista radical.

Não raro é citar que os aspectos fundamentais da ideologia nazista não diferenciavam daqueles geralmente aceitos pelas demais ideologias estatizantes. Em detrimento a isso, tal arcabouço ideológico possibilitou a conquista do poder pelos nazistas, que derrubaram os concorrentes estatizantes porque esses estavam dispostos a defender sua mentalidade às últimas consequências. Todavia, os pilares do nazismo foram erguidos sobre a mentalidade estatizante da época. Infelizmente, os traços marcantes da ideologia nazista continuaram a conquistar muitos adeptos, ainda que sob diferentes rótulos, e são esses modelos antidemocráticos que devem ser atacados para a garantia do progresso da civilização e do direito.

Quando se disserta a respeito dos pilares do nazismo e seus reflexos no fundamentalismo alemão, é de grande transcendência saber que tipo de pensamento jurídico se impõe em um determinado tempo e a um determinado povo. Vale lembrar que os distintos povos e raças vão acompanhando os distintos modos

de pensar jurídico, e a supremacia de um sobre os outros pode vincular um domínio intelectual.

É inegável argumentar, que toda configuração da vida política está em uma imediata e recíproca relação com o modo de pensar e argumentar específico da vida jurídica. Entretanto, conforme afirma Montserrat Herrero (1996), a importância na distinção dos diferentes modos de pensar científico do direito é a diferença fundamental que se pode manifestar nos pressupostos e fundamentos de uma ordem jurídica global.

Assim, inevitáveis e indispensáveis aparências concretas não são possíveis em uma teoria jurídica e nem em uma prática jurídica. Estas aparências procedem dos pressupostos concretos de uma situação considerada normal e de um tipo de pessoa considerada normal. Daí porque, são diferentes tanto segundo as épocas e os povos, como segundo os distintivos modos de pensar científico do direito (HERRERO, 1996).

Por tais razões, chega-se ao ponto fulcral da crítica em relação à aplicação da normatividade jurídica. Para o jurista alemão, existe sempre um hiato entre a norma e sua aplicação, hiato que só pode ser preenchido pela atuação do aplicador do direito. Como bem assinala Fernando José Armando Ribeiro, “no positivismo esse hiato não existe, ou, se existe deve ser de todo desconsiderado pela ciência jurídica, que não permite nenhuma reflexão sobre a atividade interpretativa do jurista” (RIBEIRO, 2009, p. 233).

Pois bem, exemplifica-se essa evolução com o direito político e administrativo alemão, que para essa época havia imposto o princípio fundamental do *Führer* e, com ele, conceitos como lealdade, empenho, disciplina e honra, o qual somente podia ser entendido desde o ponto de vista de uma comunidade e uma ordem concreta. Conforme esclarece Montserrat Herrero (1996), a soberania é vista como um elemento fundamental para a aplicação do direito, uma vez que o aplicador, que deve ser considerado na sua pessoalidade, supre a lacuna que existe entre a norma e a realidade, algo que os formalistas se negam a enxergar.

Estabelecer a validade das normas em sua posição dentro de um sistema fechado e hierarquicamente organizado seria criar uma ilusão que afastaria a realidade da questão jurídica, ou seja, somente uma hierarquia de pessoas, dentro de uma concepção substancial de soberania confere validade à norma e à decisão jurídica. Além disso, em nome dessa pretensa objetividade e segurança jurídica, o

positivismo jurídico prefere esvaziar o direito de seu conteúdo de justiça, alegando ser este um conceito subjetivo, incapaz de ser apreendido pela ciência (HERRERO, 1996).

Contudo, em linhas gerais, ao transferir a soberania para as normas, transfere-se um poder indevido ao legislador, bem como se fragmenta a soberania pelos vários órgãos responsáveis pela aplicação da norma, gerando assim mais arbitrariedade disfarçada, desta feita, sob o manto da objetividade jurídica. Entre outras coisas, de acordo com Montserrat Herrero (1996), seria prudente não falar de normas jurídicas, decisões jurídicas e ordens jurídicas, porque não se trata da contraposição entre direito e norma, decisão ou ordem, e sim da distinção entre o pensamento normativo, o pensamento decisionista e o pensamento da ordem concreta, cada um dos quais pretende ter razão, e cada um se esforça para chegar a ser universal.

Nessa perspectiva, de acordo com Friedrich Müller (2008, p. 116), é justamente em virtude desta pre-posição do direito, capaz de fazê-lo separar-se da realidade, que a noção de sistema jurídico (e legal), seja fechado e/ou completo, haverá de ser dotado de coerência e de universalidade. E uma vez sendo coerente, “reclama ser impossível a existência de duas normas com prescrições contrárias, sendo que sempre uma delas ou as duas serão nulas ou inaplicáveis ao caso” (BOBBIO, 1995, p. 202-203). Por outro lado, sendo universal, o sistema não deve possuir lacunas, que devem ser preenchidas de todas as formas por meio de prescrições fundamentais superiores e através da integração. Em face desta pretensão de completude do ordenamento jurídico, "o positivismo jurídico tinha, pois, no decisionismo, um seu irmão-gêmeo" (BORNHOLDT, 2005, p. 26).

3.1 O Estado nazista e a sociedade: as regras de poder e as ofensas às liberdades civis

É costume afirmar, que a consolidação do poder dos nazistas apoiava-se sobre uma mistura de mudança constitucional dirigida pelo governo central com inequívoca violência no âmbito local. Com muita justeza, tal violência perpetrada no Estado nazista era obra das organizações das tropas de militares nazistas (ambas

organizações paramilitares), assim conhecidas como a SA (*Sturmabteilung*[26]) e a SS (*Schutzstaffel*[27]), sob a liderança dos subordinados de Hitler. No entanto, rivalidades pessoais e organizacionais no interior do movimento nazista geravam hostilidades em relação a SA e a SS. Diante das ideias radicais alicerçadas na mudança social, uma espécie de "revolução," causava ainda mais inquietação, sendo que a partir daí a posição de Hitler ficou praticamente inexpugnável.

De maneira a consolidar o controle nazista sobre o Estado e a sociedade, o *Führer* não tolerava nenhuma forma de oposição, e procurava ao mesmo tempo, reprimir e destruir todas as alternativas com o fim de mobilizar a mente de todo o povo. Muitas ideias foram dissipadas, e os planos de estudo das escolas e universidades foram alterados com o objetivo de reproduzir o racismo primitivo e a visão geopolítica da liderança nazista. O funcionalismo público foi diametralmente purgado de elementos dissidentes, enquanto grupos de pressão independentes foram tomados pelo NSDAP (Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães). Sucede, porém, que foi criada a Frente Trabalhista Alemã (DAF), que teoricamente era para ser uma organização que reconciliava os interesses previamente conflitantes entre trabalhadores e empregados.

Na prática, as organizações nazistas permeavam a vida privada da mesma forma que a pública, e com isso, a vida social independentemente organizada desapareceu. No Terceiro *Reich*, as liberdades civis cessaram de existir, e conforme afirma Dick Geary:

> Nesse contexto, não é, portanto, surpreendente que as formas mais abertas de resistência ao governo nazista viessem do exército e das igrejas, quer dizer, a partir de lugares onde a dissidência ainda pudesse ter algum suporte institucional. Isso também explica a ampla privatização da vida diária no Terceiro *Reich* (muito contraria aos desejos nazistas), a retirada da arena pública e política, registrada por tantos historiadores. A dificuldade de dissenção era adicionalmente misturada ao fato de que o sistema nazista se baseava sobre o que pode legitimamente ser descrito como *terror institucionalizado*. (GEARY, 2010, p. 58).

Nesse aspecto em peculiar, a menor demonstração de discordância com o sistema implantado era provavelmente recebida com espancamento, prisão, encarceramento ou envio de pessoas a um campo de concentração. Com o passar

[26] O termo alemão "*Sturmabteilung"* traduzido para o português significa "Tropa de Assalto". (KEMPCKE, 2011).
[27] O termo alemão "*Schutzstaffel"* traduzido para o português significa "Tropa de Proteção". (KEMPCKE, 2011).

do tempo, os campos de concentração alemães passaram a receber cada vez mais grupos de pessoas considerados pelos nazistas de “indesejáveis”, sendo vistos como elementos antissociais, notoriamente avessos ao trabalho, membros de pequenas seitas religiosas, homossexuais e minorias étnicas de ciganos e judeus (“associais”). De acordo com Dick Geary:

> Os campos de concentração desempenhavam um papel crucial no aumento da perseguição dos “alheios à comunidade” (*Gemeinschaftsfremde*): aqueles indivíduos vistos pelos nazistas como uma ameaça biológica, ideológica ou social. O número de internos nos campos aumentou dramaticamente: de 3.500 em 1935 para mais de 25.000 em novembro de 1938. (GEARY, 2010, p. 59).

Ora, sem sombra de dúvidas, o Terceiro *Reich* reprimia seus potenciais inimigos com extrema brutalidade sistemática e abrangente. Sob o controle da SS (*Schutzstaffel*), os campos de concentração tornaram-se parte de um sistema de injustiça em paralelo, que funcionava totalmente fora do controle da polícia e do judiciário, isto é, “fora” da lei. Nesse aspecto, Dick Geary (2010) assinala que em 1936-1937, a SS (*Schutzstaffel*) começou a prender criminosos habituais e associais, não porque eles tivessem infringido alguma lei, mas pelo que eram na mente dos nazistas, diga-se, “enfermos”, “insalubres” e parte de um problema de higiene racial que carecia de controle social por parte do Estado.

A opressão foi marca bem sucedida nesse período, pois as pessoas podiam ser presas antes mesmo de terem cometido alguma ilegalidade. Havia uma vigilância onipresente e sistemática da população em geral, sendo que os laços de família eram rompidos e as gerações eram colocadas umas contra as outras. No entanto, aqueles que cultivavam opiniões dissidentes na própria Alemanha nazista viviam com medo de serem denunciados. Nesse contexto, as pessoas eram desprovidas das liberdades civis em razão das várias ameaças de prisão ou de serem mandadas para os campos de concentração. Se a discordância adquirisse um tom de expressão pública, muitos eram aniquilados pelo regime nazista.

De acordo com Dick Geary (2010), em um Estado como o alemão, manifestamente ditatorial e no qual *o Führerprinzip*[28] devia estar incorporado, parecia lógico imaginar que o governo e a administração estavam funcionando facilmente. De maneira substancial, Hitler (o *Führer)*, dava as ordens e estas eram

[28] O termo alemão “*Führerprinzip”* traduzido para o português significa “líder principal”. (KEMPCKE, 2011).

então transmitidas para baixo e executadas pelas autoridades pertinentes. Não obstante, a subsequente erosão de legalidade com roupagem de "extrema injustiça", o aparecimento dos senhores da guerra nazistas e a competição entre figuras-chaves do regime foram consequências da posição exclusiva de Hitler, livre de qualquer sutileza constitucional ou regra burocrática. Ainda assim, explica Dick Geary (2010) que através do *Führer,* foi criado um novo tipo de sociedade, uma *Volksgemeinschaft*[29], na qual as divisões que haviam fragmentado a nação alemã seriam superadas e os alemães unir-se-iam a um propósito comum atrás de seu líder. De toda a forma, não pode haver dúvida de que os nazistas provocaram uma revolução na natureza do Estado e da política alemãs de 1933 a 1945.

Obviamente, o regime nazista institucionalizou um sistema de repressão e de dominação que se tornou cada vez mais radical na implementação de seus objetivos. Seus pilares foram erguidos em todas as intensas cores de sua barbárie, à medida que os parcos aspectos constitucionais e legais ainda remanescentes do passado histórico iam sendo eliminados pela crueza da ocupação militar e do genocídio.

3.2 Adolf Hitler: a trajetória de um homem no contexto da história

No que se refere à biografia e trajetória de Adolf Hitler, a história dos fatos revela como tema de um "perfil do poder", que ele era, tanto quanto possível conceber, um caso notável. Certamente, em seus primeiros trinta anos de vida foi um "joão-ninguém". No entanto, nos vintes e seis anos restantes de sua existência, deixou uma marca indelével na história, como ditador na Alemanha e instigador de uma guerra genocida, que assinalou a queda mais vertiginosa dos valores da civilização de que se tem notícia nos últimos tempos, e que terminou deixando em ruínas seu próprio país e grande parte da Europa (KERSHAW, 1993, p. 9).

É digno de nota esclarecer, que Adolf Hitler nasceu na respeitabilidade da baixa classe média da cidadezinha de Braunau, às margens do rio Inn, na fronteira da Áustria, em 20 de abril de 1889. Porém, a vida infantil de Adolf Hitler não forneceu um único indício do personagem que iria fazer o mundo prender a respiração. Pelo contrário, parecia apontar para um futuro de insignificância e

[29] O termo alemão "*Volksgemeinschaft"* traduzido para o português significa "comunidade nacional", "comunidade do povo". (KEMPCKE, 2011).

mediocridade. Não se pode esquecer, todavia, que aos dezesseis anos, Adolf Hitler deixou sem tristeza sua escola secundária, pois os anos que ali passara tinham sido infelizes, e seu desempenho situando-se entre o ruim e o sofrivelmente suficiente. Ademais, em 1907, e novamente no ano seguinte, ele não conseguiu, num duro golpe contra seu orgulho, obter aprovação para ingressar na Academia de Artes Gráficas de Viena (KERSHAW, 1993, p. 9).

Não bastasse isso, nos cinco anos subsequentes, mais ou menos, levou a vida de uma pária social na capital do império austro-húngaro. Por tal motivo, era um solitário de poucos amigos e conhecidos, um tipo marginalizado, convencido de seu próprio talento artístico e amargurado com a sociedade burguesa que o havia rejeitado. Já no ano de 1913, fugiu para Munique, a fim de escapar do serviço militar no exército austríaco, para o qual, em 1914, foi considerado "fraco demais" e incapacitado para servir. Sucede, porém, que Adolf Hitler apressou-se em servir como voluntário no exército bávaro, como cabo de um regimento de infantaria, onde foi condecorado duas vezes por bravura (uma delas com a Cruz de Ferro de Primeira Classe[30]). Não obstante, foi considerado inapto para promoção, em virtude de lhe faltarem qualidades de liderança (KERSHAW, 1993, p. 9-10). Como explica Ian Kershaw:

> Seus companheiros o encaravam como uma espécie de esquisitão - um sujeito bizarro e introvertido, que ruminava Schopenhauer enquanto eles conversavam sobre a família e as namoradas. Nada sugeria que ali estivesse um homem que iria chegar a algum lugar. Fossem quais fossem as opiniões drásticas que já tinha e que ocasionalmente expressava, inclusive sobre a necessidade de romper com o "internacionalismo interno" depois da guerra, poucos lhe prestavam alguma atenção. (KERSHAW, 1993, p. 10).

Bem ao revés, Adolf Hitler escreveu alguns anos depois, que a guerra foi a "mais inesquecível" e "melhor época" de sua vida. Porém, a guerra compreendida no período de 1914-1918, foi um período formativo crucial para ele, ou seja, uma experiência que fortaleceu incomensuravelmente a amálgama já existente de preconceitos profundamente enraizados e de obsessões ardorosas que incendiavam sua personalidade mal-apessoada (KERSHAW, 1993, p. 10). Nos primeiros anos do pós-guerra, a explicação do nazismo e de suas consequências funestas foi tão exclusivamente personificada em Hitler, que era como se a evolução de uma nação

[30] A Cruz de Ferro de Primeira Classe para um soldado (não oficial) era uma condecoração raríssima. (KERSHAW, 1993, p. 10).

inteira, sadia em seus demais aspectos, tivesse sido desviada de seu curso pela influência diabólica de um único homem (KERSHAW, 1993, p. 14).

Pois bem, para quem se havia "encontrado" na guerra, a notícia da derrota e da revolução alemãs, recebida quando Adolf Hitler se achava num hospital militar da Pomerânia, cego pelo gás mostarda, foi um golpe atordoante. Obviamente, ele ficou temporariamente traumatizado e confuso, ou seja, o ódio que se vinha acumulando internamente veio então à tona, de maneira explosiva e feroz. Inclusive, ao receber alta do hospital, Adolf Hitler trabalhou para o exército na vigilância política rotineira dos grupos extremistas de Munique, o que o colocou em contato com o recém-fundado Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (NSDAP), que acabara de ser formado como um dentre muitos dos grupos extremistas sectários nacional-racistas (KERSHAW, 1993, p. 10).

Por sua vez, a adesão, ao que logo se transformaria no Partido nazista, levou-o, nessa época, para a agitada política de cervejaria de Munique. Logo, à medida que aqueles que o cercavam, assim como o próprio Adolf Hitler, começaram a reconhecer seu talento incomum para articular os mais vulgares preconceitos e ressentimentos populistas da maneira mais demagogicamente atraente, a consciência de si e a autoconfiança do agitador político começaram a tomar forma - foi o início de sua saída do anonimato (KERSHAW, 1993, p. 10-11). Evidentemente, conforme descreve Ian Kershaw:

> Ainda assim, nada pressagiava, nessa época, sua meteórica ascensão posterior. Hitler não tinha nenhuma experiência política, nenhuma posição de destaque e nenhum acesso aos corredores do poder. Contudo, os anos restantes de sua vida viram-no atrair a atenção pública como um agitador de cervejaria; recuperar-se da ignomínia, após o célebre *Putsch*[31] (golpe) fracassado, logrando uma vitória da propaganda em seu julgamento e reconstruindo seu partido fragmentado depois do período que passou na prisão; emergir, durante a depressão, como líder de um imenso exército político e sério candidato ao mais alto cargo estatal da Alemanha; estabelecer um controle ditatorial, num intervalo de tempo surpreendentemente curto, sobre um aparelho governamental altamente desenvolvido, complexo e sofisticado; liderar uma recuperação econômica e militar que deixou igualmente atônitos os partidários e os oponentes; romper os acordos territoriais da Europa do pós-guerra e virar de cabeça para baixo a diplomacia mundial; tornar-se alvo da adulação ilimitada da maior parte de seu próprio povo e de grande admiração - e abominação ainda maior - por parte dos outros; levar a Alemanha, a Europa e, por fim, todas as principais

[31] O *Putsch* da Cervejaria (novembro de 1923) foi uma tentativa de Ludendorff, Hitler e outros grupos de extrema-direita de conquistar o poder na Bavária, sul da Alemanha, capital Munique. Dois dias após o golpe, Hitler foi preso e cumpriu 9 meses na cadeia de Landsberg, usufruindo de excepcionais condições de vida no cárcere, onde foi tratado como um herói nacional. (KERSHAW, 1993, p. 11).

> potências mundiais a uma guerra de destrutividade sem precedentes; manter a maior parte do continente sob seu domínio durante quatro anos; inspirar o mais terrível genocídio até hoje vivenciado pela humanidade; e, por fim, mergulhar seu país na completa derrota militar e na ocupação, cometendo suicídio com a nação em frangalhos e o arqui-inimigo bem à sua porta. (KERSHAW, 1993, p. 11).

Ora, como pôde tal figura, mesmo que por poucos e curtos anos (ainda que, para seus adversários, eles fossem um período aparentemente interminável de trevas), chegar a dirigir os destinos de uma das nações (econômica e culturalmente) mais desenvolvidas e avançadas do mundo? E mais, como pôde Hitler transformar-se, por algum tempo, no homem mais poderoso da Europa? Veja-se que a classe, a educação, a instrução, os antecedentes, tudo depunha contra ele. Nem sequer era cidadão alemão (até lhe ser concedida a cidadania em 1932). Além disso, não provinha do tipo de família que tradicionalmente produzia líderes na Alemanha e nem emergira do bojo das elites habituais do poder (era um completo forasteiro). Apesar disso, as fobias ideológicas profundamente arraigadas e um talento demagógico incomum para despertar os instintos mais baixos das massas, combinados com alguns maneirismos pessoais bizarros, foram, por muito tempo, tudo o que ele parecia ter para oferecer (KERSHAW, 1993, p. 12).

Todavia, o poder de Hitler suscitava diversos problemas sumamente complexos, e a pergunta “como Hitler foi possível?” preocupou os oponentes contemporâneos do nazismo. A verdade é que ele consolidou sua ideologia de poder, e tanto dentro quanto fora da Alemanha, era uma figura bastante respeitada. Depois de se tornar Chanceler, logrou consolidar e ampliar sua autoridade; e essa consideração, por sua vez, provoca indagações sobre as bases de sua soberania, os deslocamentos de força que ocorreram entre os poderosos grupos da Alemanha que o apoiavam, a maneira como esses deslocamentos afetaram a extensão e o exercício de seu poder, e o efeito da forma peculiar de autoridade política representada por Hitler nas estruturas de governo e administração existentes (KERSHAW, 1993, p. 12).

Ademais, a personalidade de Hitler não deve ser supervalorizada como um dos fatores de seu poder, e tampouco deve ser ignorada. A posição de destaque do *Führer* na Alemanha foi devida, em parte, graças ao seu engajado “círculo interno” de seguidores, e também, aos seus discípulos mais fanaticamente dedicados. Contudo, em busca de uma causa e de um líder, antes de descobrirem o nazismo e

Hitler, eles compuseram o núcleo da “comunidade carismática” que vislumbrou grandeza em Hitler (KERSHAW, 1993, p. 23).

Sem dúvidas, a essência da visão pessoal de mundo de Hitler compreendia a crença na história como uma luta racial, o antissemitismo radical, a convicção de que o futuro da Alemanha só poderia ser garantido através da conquista de *Lebensraum* (espaço vital) à custa da Rússia, e a união de todas essas linhas de pensamento na noção de uma luta de vida ou morte, até o fim, contra o marxismo, personificado, da maneira mais concreta, no “bolchevismo judaico” da União Soviética. Como se percebe, essas ideias interligadas foram significativas, não apenas no sentido de ter havido quem aderisse a elas com extraordinária tenacidade por mais de vinte anos, mas, acima de tudo, pelo fato de que as metas ideológicas decorrentes delas foram efetivamente postas em prática durante a Segunda Guerra Mundial (KERSHAW, 1993, p. 25).

Por outro lado, dentre os aspectos ligados ao nome de Adolf Hitler, destaca-se sua presença constante e duradoura, ainda que passado longos anos de sua morte, ocorrida em 30 de abril de 1945. Nos bastidores desse cenário, Hitler conseguiu seguir o seu caminho de inspirações ardorosas pelo poder na Alemanha, bem como o seu desejo de desempenhar um papel importante na sociedade, permitindo conferir à sua natureza rude e fria o carisma de uma causa arrastadora. De qualquer forma, Joachim Fest (2005) descreve que Hitler e seu restrito círculo de seguidores eram revolucionários privados de fundamentos, que não tinham nem seguiam qualquer ideologia, mas delas se serviam com o único fim de conquistar, consolidar e aumentar seu próprio poder pessoal.

De fato, apesar do grande choque cultural vivenciado pela humanidade, Hitler perpetrou uma obra de destruição colossal, chegando ao extermínio de homens, cidades, países, além de valores, tradições e estilos de vida. Frise-se que o legado de Hitler permanece contemporâneo de todos nós, já que o presente é uma época que o enxerga em sua entrada, ou seja, sem o conhecimento da história aqui delineada, impossível se torna conhecer os desdobramentos da aplicação da lei naquele período de tempo.

A esse respeito, inúmeros são os questionamentos que carecem de respostas: por que o brutal desprezo de Hitler pelas leis se tornou evidente? Que tipo de leis deveriam ser cumpridas? Quais eram os limites do poder estatal? A noção de dignidade deveria estar inserida moralmente nos executores da lei, de

forma a desenvolver a capacidade de reconhecer condutas violadoras dos direitos humanos, ou é a dignidade apenas uma noção supérflua no direto? Em resposta a tais questionamentos, Regiane Sousa de Carvalho Presot explica que:

> Isso demonstra a banalidade do mal implementada pela estrutura burocrática e hierárquica do Estado nacional-socialista, aniquiladora da dignidade não somente das vítimas diretas, mas também de indivíduos com função de agente estatal, os quais são levados à perda da sua dignidade humana pelo processo de desumanização, por meio da violência moral. A desumanização é implementada pela desconsideração da dignidade do seu semelhante. Pois quando se nega a dignidade do outro, nega-se a própria dignidade, pois ações de barbárie, violência racionalmente implementadas, retiram a capacidade de empatia com o outro. Esta triste constatação se faz no depoimento de Eichmann que narra episódios de como as ordens de Hitler se fundamentavam: “Sabemos que o que esperamos de você é sobretudo, é ser sobre-humanamente desumano”. (PRESOT, 2013, p. 5-6).

Por outro lado, adverte Hannah Arendt que:

> O que afetava as cabeças desses homens que tinham se transformado em assassinos era simplesmente a ideia de estar envolvido em algo histórico, grandioso, único, o que, portanto, deve ser difícil aguentar o trabalho exigido. Isso era importante, porque os assassinos não eram sádicos ou criminosos por natureza; ao contrário, foi feito um esforço sistemático para afastar todos aqueles que sentiam prazer físico com o que faziam. (ARENDT, 1999, p. 121).

De toda forma, parafraseando, a degradação do ser pelo próprio ser, mediante práticas conscientes do mal, é algo juridicamente complexo para ser compreendido. Portanto, é relevante se atentar para as explicações de Sigmund Freud, que racionaliza o seguinte:

> A lei não é capaz de manejar as manifestações mais cautelosas e refinadas da agressividade humana. Que cada um de nós tem de abandonar, como sendo ilusões, a esperança que, na juventude, depositou em seus semelhantes. (FREUD, 1974, p. 69).

De acordo com Regiane Sousa de Carvalho Presot (2013), compreender essa visão pessimista do homem demonstra a necessidade da racionalidade humana estar centrada na valoração da dignidade, como o valor essencial para a continuação da própria humanidade. É inegável que essa noção deve ser paulatinamente concretizada no dia a dia da comunidade de forma coativa, e não apenas com a simples noção de aplicabilidade voluntária, isto é, toda prática que possa violar esse valor deve ser coibida imediatamente pela comunidade. Do ponto de vista de nossas instituições democráticas e de nossos padrões morais de

julgamento, tal prática violadora estabelecida pelo Estado nazista era muito mais apavorante do que todas as atrocidades implementadas até então no seio da sociedade. A esse respeito, explica Immanuel Kant:

> Não deve entre nós haver guerra alguma, pois queremos formar um Estado, isto é, queremos impor a nós mesmos um poder supremo legislativo, executivo e judicial, que dirima pacificamente os nossos conflitos. [...] Embora se possa duvidar de uma certa maldade radicada na natureza dos homens que convivem num Estado e, em vez dela, se possa com alguma aparência aduzir a carência de uma cultura ainda não suficientemente desenvolvida (a barbárie) como causa das manifestações do seu modo de pensamento contrárias ao direito, contudo, nas relações externas dos Estados entre si, essa maldade manifesta-se de um modo patente e incontestável. No seio de cada Estado, encontra-se encoberta pela coação das leis civis, pois a tendência dos cidadãos para a violência recíproca é ativamente inibida por um poder maior, a saber, o do governo, e assim não só fornece ao conjunto um verniz moral (*causae non causae*), mas também em virtude de impedir a erupção de tendências contrárias à lei facilita muito o desenvolvimento da disposição moral ao respeito pelo direito. (KANT, 2008, p. 18-40).

Veja que o consagrado jusfilósofo Immanuel Kant acreditava que a maldade poderia ser controlada pelo Estado por meio do direito, mas ele não imaginava que em pleno século XX, o mal radical seria disseminado pelo próprio Estado de direito em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Sucede, porém, que em relação ao Estado nazista, Hannah Arendt sintetiza que “as ações governamentais para o povo judeu que vivia na Alemanha eram resumidas em três fases: a primeira solução, *a expulsão*; a segunda solução, *a concentração*, e a solução final, o *extermínio* ou *assassinato”* (ARENDT, 1999, p. 69-127). Anote-se, contudo, que o mais terrível é que a sociedade alemã assistiu de forma passiva a essas atrocidades em razão, inclusive, da própria comunidade. De forma paradoxal, o mal não se implementou mediante ações apressadas, imediatas ou em estado de guerra. Elas foram realizadas de forma planejada, consciente e com apoio da estrutura organizacional do Estado alemão e com a neutralidade da comunidade internacional.

Todavia, e por esse motivo, constata-se que a máquina estatal de extermínio humano havia sido planejada e aperfeiçoada em todos os detalhes por Hitler, atingindo principalmente a Europa. Muitos passos foram dados para consolidar o controle nazista sobre o Estado e a sociedade, mas o fator mais preocupante é que a sociedade nem as forças armadas da Alemanha se mostraram efetivamente contrárias a esta discriminação, perseguição e assassinato em massa de pessoas

humanas.

Em consequência a isso, Hannah Arendt (1999) ensina que tais práticas nazistas visavam retirar a consciência moral das pessoas por meio da exclusão de suas próprias identidades, no sentido de se tornarem um número e não pessoas. Na realidade, as leis ditadas por Hitler foram petrificadas na consciência de todo o povo alemão. Ainda que os organizadores dos massacres soubessem muito bem que o assassinato era contrário aos desejos e pendores normais da maioria das pessoas, se o *Führer* ordenasse "Matarás!", suas ordens deveriam ser cumpridas. Nesse sentido, explica Hannah Arendt que:

> No Terceiro *Reich*, o Mal perdera a qualidade pela qual a maior parte das pessoas o reconhecem - a qualidade da tentação. Muitos alemães e muitos nazistas, provavelmente a esmagadora maioria deles, deve ter sido tentada a não matar, a não roubar, a não deixar seus vizinhos partirem para a destruição, (pois eles sabiam que os judeus estavam sendo transportados para a destruição, é claro, embora muitos possam não ter sabido dos detalhes terríveis), e a não se tornarem cúmplices de todos esses crimes tirando proveito deles. Mas Deus sabe como eles tinham aprendido a resistir à tentação. (ARENDT, 1999, p. 167).

A história conhecida do nazismo na Alemanha é inigualável. Um exemplo clássico disso é que os nazistas não removeram as desigualdades subjacentes à divisão de classes, mas em um determinado aspecto, transformaram fundamentalmente a sociedade alemã em uma sociedade enferma e sem "leis". É nítido afirmar que os objetivos ideológicos do nazismo ocasionaram violência e crueldade para os dissidentes, que assim eram chamados de "doentios" e "não arianos". Na obra de Joachim Fest, este autor cita um trecho de Leopold von Ranke[32], renomado autor alemão que era bastante influenciado por algumas das características do positivismo comteano, para explicar o fenômeno do nazismo na Europa no século XX:

> Não é cegueira ou ignorância o que leva à ruina os homens e os Estados. Não demora muito para que percebam até onde os levará o caminho escolhido. Mas há neles um impulso, que sua natureza favorece e o hábito reforça, ao qual não podem resistir, e que continua a empurrá-los enquanto lhes resta a mínima energia. Aquele que consegue dominar-se é um ser superior. A maioria vê diante dos olhos a ruína, e avança para ela. (FEST, 2005, p.1).

[32] Esta citação de Leopold von Ranke encontra-se num dos trabalhos de Konrad Heiden, a quem o autor deve muito sob diversos aspectos: a sua primeira tentativa histórica para interpretar a personalidade de Hitler e o nacional-socialismo ainda hoje continua exemplar pela ousadia das questões formuladas e a liberdade de julgamento. (FEST, 2005, p. 406).

A rigor, é importante destacar que a grandeza peculiar de Hitler estava ligada ao seu caráter excessivo, ou seja, sua enorme irrupção de energia conseguia derrubar todos os padrões existentes de normalidade. A imagem grandiosa promovida pelos nazistas, somada à ideia de um *Führer* carismático acima de todos os conflitos e tensões locais cotidianas, foi um poderoso elemento de coesão. O único fator decisivo era "a vontade do *Führer*", pois em algumas questões, a própria noção de *Führer* carismático "acima" das "leis" não era tanto um atributo de Hitler, mas uma consequência da forma como o Estado nazista, com sua pluralidade de organizações, tinha que funcionar na prática.

Em outras palavras, a ordem de Hitler era uma ordem legal, respaldada em grande medida por atos de Estado, mediante regulamentos e diretivas, todos elaborados por especialistas e conselheiros legais, não por meros servidores administrativos. Nesse enredo, o povo alemão ficou sujeito a uma combinação de coerção e consentimento, muito embora o sistema legal institucionalizado pelo *Führer* servisse eficientemente para dar à questão judaica uma aparência de legalidade.

3.3 A revolução legal na Alemanha: progresso ou superlegalidade?

De maneira impetuosa, Hitler não só conquistou o poder, mas realizou uma parte de seus extensos propósitos revolucionários na Alemanha nazista. A grande meta era concentrar todo o poder em suas mãos, de forma a restaurar "a unidade de espírito e de vontade de nosso povo" (FEST, 2005, p. 466). O ideal mais premente do *Führer* era conquistar um espaço na sociedade alemã, só que para isso, necessitava de um domínio total em todas as áreas: política, jurídica, comportamento social, economia, cultura, arte, acesso às informações, e tudo aquilo que estivesse ligado à sociedade dentro do Estado alemão.

As concepções de Hitler acerca da conquista do poder, numa verdadeira revolução legal, figuram entre os raros toques pessoais originais de sua ascensão. A sua tática da revolução legal dava ao governo, sob os motivos mais imprecisos, o direito de proibir as diversas manifestações políticas e os jornais impressos dos partidos adversários. O *Führer*, firmemente convencido da austeridade e do impacto publicitário de sua imagem na mente do povo alemão, mantinha sempre um discurso

sólido[33] em prol de seus súditos, chegando a afirmar que:

> [...] soaria a hora em que os milhões de seres que hoje nos detestam cerrarão fileiras atrás de nós e saudarão conosco o novo *Reich* alemão, criação comum e fruto de imensa luta, o *Reich* da grandeza e da honra, do esplendor e da justiça. Amém! (FEST, 2005, p. 470).

A noção paradoxal da revolução legal perpetrada por Hitler era "algo mais que um simples truque de propaganda". (FEST, 2005, p. 468). Por meio de fórmulas que renunciavam a aparência de legalidade, o totalitarismo reverenciado pelo *Führer*, na exata medida em que representou uma proposta de organização do Estado e da Sociedade, escapou ao *sensus communis*[34] de qualquer critério razoável de justiça. Nesse sentido, conforme afirma Celso Lafer (2003), o direito é constitutivo e regulador da ação política, sendo uma virtude, pois a verdade da lei repousa na convenção criadora de uma comunidade política, que enseja, gramaticalmente, a ação e a sintaxe do poder.

Em situações limite, a exemplo do que foi almejado por Hitler, em um mundo avassalado pela destrutividade em larga escala da violência, no qual a lei se esvai no metabolismo da sociedade, todos experimentaram uma crescente multiplicação das possibilidades de opressão que corroíam a autoridade do direito. Dentro do contexto sobre a legitimidade centrífuga e tópica que caracterizou a ascensão de Hitler ao mais alto posto na República Federal Alemã, a visão particularista do *Führer* muito contribuiu para a formação da comunidade política, sendo um dos principais elementos estatizantes do critério de governabilidade.

Através dessa visão particularista, o *Führer* extraiu suas ideias-força para governar o Estado alemão. Efetivamente, foi através do signo peculiar da conquista gradual, que o "grande" líder totalitário reafirmou o seu império de geração em geração. A revolução legal do *Führer* tinha como sustentáculo o arbítrio, ou melhor dizendo, era um sinônimo do triunfo da violência ordenada, uma frustação e destruição da capacidade humana para ação e poder na esfera pública e privada. O entusiasmo hitlerista com o nacional-socialismo e com a política totalitária sacudiu a

---

[33] Sobre o discurso sólido do *Führer*, conferir em Max Domarus: "*Hitler: Reden und Proklamationen 1932-1945*". (DOMARUS, 1998, p. 208).

[34] Como bem observou Habermas, Hannah Arendt, na sua reflexão, não se preocupou com a aquisição e a manutenção do poder, nem com o seu uso pelos governados, mas sim com o que isto antecede: a sua geração pelos governados. O poder não necessita de justificação, mas requer legitimidade que Hannah Arendt vincula à autoridade, categoria que ela examina em *Between Past and Future*, mostrando as suas origens romanas. Deriva do início da ação conjunta, do ato de fundação da comunidade política (*ab urbe condita*). (LAFER, 2003, p. 116-117).

Alemanha como um vendaval, e não era por menos, muitos cidadãos alemães reivindicavam uma justaposição do líder, onde gritavam em coro “queremos a lei dos *plenos poderes*[35], ou vai haver o inferno!” (FEST, 2005, p. 486).

Por outro lado, como é possível verificar em Hannah Arendt (1989), governos totalitários como o de Hitler estavam voltados para uma ideologia grandiosa, e pretensiosamente, objetivavam trazer resultados a longo prazo. Nesse sentido, é importante frisar, que a luta pela ideologia nazista trouxe vida aos alemães que não temiam em afirmar a necessidade de um governo com “mãos-de-ferro” para vencer a crise e combater os inimigos da Alemanha, mesmo que para isso houvesse a urgência de um regime ditatorial, como de fato Hitler almejava. Fiel a seu imutável esquema retórico, e usando fórmulas bastante claras no que tange às intenções e tarefas do governo, Hitler chegou a declarar em novembro de 1918 no *Reichstag*[36] o seguinte:

> A fim de reunir condições para cumprir as tarefas indicadas nesse esquema geral, o governo fez valer no *Reichstag*, por intermédio dos dois partidos, o Nacional-Socialista e o Nacional-Alemão, a *lei de plenos poderes*. [...] Se o governo tivesse de discutir ponto por ponto para obter a aprovação do *Reichstag* às medidas a serem tomadas, isso viria contrariar o sentido do soerguimento nacional e o objetivo perseguido não se atingiria. O governo não procede assim com a intenção de extinguir o *Reichstag* como tal. Ao contrário, reserva-se o dever de informar futuramente, e de tempos em tempos, as medidas que vier a tomar. [...] O governo tenciona, a tal propósito, só fazer uso dessa *lei* quando houver necessidade de aplicar medidas de interesse vital. Nem a existência do *Reichstag* nem a do *Reichsrat* serão ameaçadas. A posição e os direitos do senhor presidente do *Reich* permanecem intactos [...]. (FEST, 2005, p. 485).

Essa passagem denota uma característica marcante do regime totalitário

---

[35] A expressão “plenos poderes” (*pleins pouvoirs*), com que, às vezes, se caracteriza o estado de exceção, refere-se à ampliação dos poderes governamentais e, particularmente, à atribuição ao executivo do poder de promulgar decretos com força de lei. Deriva da noção de *plenitudo potestatis*, elaborada no verdadeiro laboratório da terminologia jurídica moderna do direito público, o direito canônico. O pressuposto aqui é que o estado de exceção implica um retorno a um estado original “ple-romatico” em que ainda não se deu a distinção entre os diversos poderes (legislativo, executivo, etc.). Como veremos, o estado de exceção constitui muito mais um estado “kenomático”, *um vazio de direito*, e a ideia de uma indistinção e de uma plenitude originária do poder que deve ser considerada como um “mitologema” jurídico, análogo à ideia de estado de natureza (não por acaso, foi exatamente o próprio Schmitt que recorreu a esse “mitologema”). Em todo caso, a expressão “plenos poderes” define uma das possíveis modalidades de ação do poder executivo durante o estado de exceção, mas não coincide com ele. (AGAMBEN, 2004, p. 17).

[36] Quanto maior era a importância do governo federal, maior o poder do *Reichstag.* O governo precisava de uma maioria no *Reichstag* para aprovar as leis. Os estados individuais que não conseguiam o que queria no *Bundesrat* sempre podiam fazer uma nova tentativa junto ao *Reichstag*. De forma semelhante, quando o governo deixava de conseguir o que desejava no *Bundesrat*, ele podia recorrer ao *Reichstag* (parlamento federal alemão). (KITCHEN, 2013, p. 233-234).

imposto por Adolf Hitler na Alemanha nazista em pleno século XX. A propósito, dentro de um horizonte de compreensão, subjaz latente um discurso "legalista" que impinge em seus seguidores uma total superioridade. Nessa ótica, de forma velada, o direito positivo (*ius positum*) apresenta conteúdo moral posto nas suas múltiplas disposições. Pontuando a respeito, Juarez Freitas (1989) adverte que todas as normas jurídicas têm conteúdo moral, podendo, porém, apresentar-se como imorais. Em particular, o que não há é norma jurídica amoral; vale dizer, "ou são morais, ou são imorais, mas sempre estarão inundadas de moralidade, como de ideologia sócio-política-cultural, não precisamente dominantes" (FREITAS, 1989, p. 25).

O raciocínio jurídico no caso permite sublinhar que o Estado, no caso o alemão, não pode furtar-se do dever de educar moralmente através do direito. Este deve fazê-lo, todavia, sem cometer a imoralidade de excluir a moral do âmbito jurídico. Não é crível admitir presunções cândidas de que os Parlamentos (*Reichstag* e outros) sempre produziriam normas moralmente válidas, "dado que o Legislativo nada mais faz do que representar os conjuntos dos fatores reais de poder numa determinada sociedade, e em certa época" (FREITAS, 1989, p. 24). Ora, paulatinamente, adotando uma mudança peculiar em seu discurso, Hitler conclui a sua retórica com um grande desafio:

> Como o governo dispõe de nítida maioria, torna-se limitado o número de casos onde exista necessidade interna de recorrer a tal *lei.* O governo do despertar nacional insiste mais do que nunca acerca da promulgação desta *lei*. Prefere obter para cada caso uma decisão clara. Oferece aos partidos do *Reichstag* a oportunidade de contribuir para uma evolução pacífica da Alemanha e de lançar as bases de uma concordância cordial em relação ao futuro; mas está igualmente pronto a se opor a qualquer manifestação de recusa e, portanto, de oposição. Queiram, agora, senhores deputados, decidir por si mesmos: a guerra ou a paz. (FEST, 2005, p. 485).

Apesar de todas as garantias impostas, "rasgava em pedaços um item importante da Constituição alemã" (FEST, 2005, p. 485). De acordo com o artigo 1º, o poder legislativo era transferido do *Reichstag* para o governo, assim como o artigo 2º estendia os plenos poderes às modificações que viessem a ser feitas na Constituição. Já o artigo 3º retirava do presidente do *Reichstag* o direito de promulgar as leis, que passava ao chanceler do *Reich*. Não obstante, o artigo 4º ampliava a autoridade das leis inseridas em determinados tratados com os governos estrangeiros, e por fim, o artigo derradeiro limitava em quatro anos a validade da lei, e associava-se tal norma à vigência do atual governo. Em outros termos, explica

Carl Schmitt o seguinte:

> Em pouco tempo, Hitler soube fechar atrás de si a porta da legalidade pela qual havia entrado, e empurrar de forma legal os seus inimigos para a ilegalidade. Se tentasse resistir, ou mesmo forçar a entrada pela porta fechada da legalidade, poderiam ser tratados como agitadores e criminosos. Exceto alguns poucos comunistas experimentados, todo mundo sentiu-se desiludido e indignado após descobrir abruptamente os prêmios políticos para a posse legal do poder. O famoso caso da legalidade revolucionária de Hitler implica a escalada de semelhantes revoluções. (SCHMITT, 1997, p. 111).

A dialógica é, pois, vital ao direito, pois com a lei dos plenos poderes, encerrava-se a primeira fase da conquista do poder e liberava Hitler não só de governar mediante os decretos especiais, mas também, da aliança com os pares conservadores. Tal lei não só permitia o *Führer* manobrar contra a esquerda e a direita, mas sim institucionalizar um período de extrema ilegalidade e injustiça. Sob um manto de legislador, o *Führer* dispunha do aparato da burocracia oficial, incluindo a Justiça, que lhe era indispensável para consumar seus amplos objetivos. Na verdade, é forçoso registrar que no desenrolar da revolução legal, os elementos revolucionários ultrapassavam em muito os aspectos estritos de legalidade. Sem dúvida alguma, nada conseguiu camuflar a verdadeira natureza dos acontecimentos, nem a ideia de efetuar a mudança de cenário vista de todos; era, apesar de tudo, “um ato de conquista revolucionária do poder, que foi selado pela lei de plenos poderes” (FEST, 2005, p. 491).

3.3.1 Fundamentalismo jurídico alemão: a lógica do não razoável e as iniciativas (i)legais

Diante de um estado de espírito fatalista, a sensação de se estar de portas abertas a um novo tempo, sentimento que se instalou no âmago dos alemães de maneira mais vaga, como uma esperança eufórica, desde o ingresso de Hitler no governo, afetava camadas cada vez mais extensas da população. Por mais ambíguo que pudesse parecer, Hitler adquiriu rapidamente o caráter legal de um estadista que inspirava respeito. É bastante lógico, que o terror e as iniciativas ilegais não passavam despercebidos aos seus olhos, pois as pessoas que o tinham como um líder, cada vez mais se colocavam ao seu lado confiantes de que poderia mudar o curso da história e os rumos da nação. Assim, favorecido por essa circunstância, o

Estado nazista se propôs a conquistar o mundo, os homens e seus ideais, relegando a um segundo plano, a busca pela racionalização do direito.

Sem dúvida, Hitler abusou do poder que lhe fora outorgado, edificando através dele um Estado nazista baseado na força sem limites. Nenhum sinal de embaraço tático ou hesitação interrompeu o processo de tomada do poder no período de transição, que vai da primeira à segunda fase da história do nacional-socialismo na Alemanha. Ao contrário do que se pensa, Hitler não deixou hora nenhuma ser levado pela embriaguez do sucesso, permanecendo o tempo todo capaz de impor os objetivos mais distantes do poder às emoções momentâneas. Por outro lado, não iria cometer a insensatez de encarar o Estado alemão como um instrumento que lhe permitisse levar ao malogro o partido do qual ele próprio era o *Führer*. Nesse passo, aprofundando a análise a respeito do sistema totalitário implantado por Hitler, Joaquim Fest sinaliza que:

> Nesse terreno, sim, as lutas eram tão encarniçadas e destrutivas como costuma ocorrer em toda discussão em torno de uma ortodoxia. Num contraste absoluto com a lenda popular que exalta o poder de decisão dos *sistemas totalitários* e sua energia realizadora, o que diferencia na realidade tais regimes das outras formas de organização estatal é o fato de estarem muito mais próximos do *caos*: toda a pomposidade da *ordem expressa* não é, em última análise, senão uma tentativa para dissimular, por trás de uma fachada grandiosa, a confusão inevitável inerente a essa técnica de poder. (FEST, 2005, p. 499).

O culto de Hitler ao totalitarismo evidencia um discurso da lógica do não razoável, no qual a lei é vista como um instrumento de dominação posto a serviço da perversidade que não se encontra nas pessoas que agem democraticamente, mas sim numa dinâmica corruptora. Tal dinâmica é marca registrada do *Führer,* que permitiu uma radicalização de todos os aspectos do domínio nazista, e também foi acompanhada por uma radicalização da política em relação à comunidade judaica.

De forma peculiar, Hannah Arendt (1989) realça que somente é possível entender o Estado nazista e o seu sucesso se levar em conta o alcance do colapso moral que o emprego do terror trouxe e que atingiu os perseguidores, os circunstantes e as próprias vítimas. No que diz respeito ao mal, que ela qualifica de banal, pode-se enfatizar que:

> Se trata de um mal que não se explica como o mal da motivação diabólica ou demoníaca, das trevas do coração humano, da tentação. É um mal burocrático, que não tem profundidade, mas que pode destruir o mundo, porque se espraia pela superfície como um fungo. [...] O mal é radical no

> totalitarismo porque erradica a ação humana, tornando os seres humanos supérfluos e descartáveis. É a "descartabilidade" que caracteriza o mal radical. (LAFER, 2003, 137).

Numa análise prática, a posse de todos os instrumentos de força e de violência por parte do Estado nazista cria uma situação difícil e paradoxal para o movimento totalitário. Como tal, "o Estado totalitário é o herdeiro lógico do movimento totalitário, do qual deriva a sua estrutura organizacional" (ARENDT, 1989, p. 469). Por derradeiro, a destruição dos direitos de um homem nesse aspecto é a condição primordial para que este seja inteiramente dominado. Desse modo, salienta Hannah Arendt que:

> Em função da história das ideias, isso parece extremamente improvável. Pois as formas de governo sob as quais os homens vivem são muito poucas; foram descobertas cedo, classificadas pelos gregos, e demonstraram rara longevidade. Se aplicarmos esses dados, cuja ideia fundamental, a despeito de muitas variações, não mudou nos dois milênios e meio que vão de Platão a Kant, somos imediatamente tentados a interpretar o *totalitarismo* como forma moderna de *tirania*, ou seja, *um governo sem leis no qual o poder é exercido por um só homem*. De um lado, o poder arbitrário, sem o freio das leis, exercido no interesse do governante e contra os interesses dos governados; e, de outro, o medo como princípio da ação, ou seja, o medo que o povo tem pelo governante e o medo do governante pelo povo - eis as marcas registradas da *tirania* no decorrer de toda a nossa tradição. (ARENDT, 1989, p. 512).

Ora, toda e qualquer possibilidade real de expressão desse desejo por Hitler em um Estado nazista foi uma amálgama que encontrou marcas em uma extensa corrente irracionalista. Tal corrente encontrou sua justificativa na realidade da vida pública que parecia, nos seus aspectos mais vulgares, confirmar muito claramente o fracasso de Hitler em relação à aplicação de certos princípios racionais. O *Führer* conquistou o poder repousando numa confiança ilimitada em si mesmo, e com a crença de poder solucionar todos os problemas com a ajuda desta máxima, que era primitiva sem dúvida.

No entanto, frise-se que o Estado nazista na Alemanha com Hitler acentuou o abismo que antes existia, trazendo ainda mais um sentimento de insegurança jurídica e de distância social. Apesar disso, o *Führer* possuía amplos poderes estatais, conhecia o rumo a seguir, a missão e a lei da história. À medida que se sentia mais seguro, num poder indiscutível e ilimitado, atingia os seus vários objetivos de forma inegável. A despeito disso, as etapas que sucederam a criação do Estado nazista são indispensáveis à organização do partido e do Estado, sendo

cumpridas graças ao jogo, desconcertante, mas legal, que ao sancionar as medidas já tomadas, elaborava outras, minando as instituições sociais e jurídicas.

3.3.2 Um reflexo desordeiro do mais puro legalismo: a (in)existência de um direito positivo?

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

Sucede, porém, que o cerne do pensamento nazista é causa de inteira reflexão por parte dos ensinamentos de Hans Kelsen, no que diz respeito à expressão do direito positivo:

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

Sem sombra de dúvidas, as concepções acerca do direito positivo externadas por Hans Kelsen não influenciaram de modo decisivo as concepções pedagógicas do *Führer*. Nesse contexto, de acordo com Charles Nunes Bahia (2013), é relevante afirmar que a ideia positivista de definição do direito se tornou o centro dos ataques teoréticos no pós-guerra, momento em que o direito alemão, carente de identidade, estava à procura de um referencial teórico que servisse de alicerce às truculências do Estado nazista. Várias foram as tentativas de agressão ao modelo formalista do direito, afirmando que o seu caráter neutro, tendente a excluir a moralidade do

campo normativo, “teria sido complacente com o extermínio dos judeus durante a Segunda Grande Guerra” (DIMOULIS, 2006, p. 257). Esse seria, pois, “o sustentáculo às críticas da filosofia jurídica alemã que há pelo menos cinquenta anos rejeitam e condenam o positivismo jurídico” (HOERSTER, 1992, p. 9).

O repertório de atrocidades praticadas pelo Estado nazista de Hitler havia dado cabo a todas as liberdades fundamentais até então alcançadas. Nesse sentido, observa-se que as causas da existência de um poder desmedido e cruel enxergavam no direito um forte aliado, capaz de justificar o surto de desumanidade que assolava a Europa globalmente. Em outras palavras, as acusações de que o positivismo jurídico, ao utilizar-se de um critério estritamente formal teria dado exagerado valor às leis, chegou a tal ponto que até mesmo Hans Kelsen, passou a ser acusado de ter escrito uma teoria para o Estado nazista, dada a redução que fizeram de sua obra a um estrito dever de obediência ao direito positivo, como se fosse um reflexo desordeiro do mais puro legalismo.

Nesse passo, amplia-se a divergência, pois diante de tais circunstâncias, mostra-se profícuo e um tanto quanto justo refutar tais acusações, esclarecendo que “as imputações das atrocidades do Estado nazista ao positivismo e ao subjetivismo jurídico se baseiam em frágeis premissas” (ZAGREBELSKY, 2008, p. 72) e que, os argumentos que conduzem o positivismo jurídico à inquisição, como o grande herege do século XX, são apenas falácias não fundamentadas e incoerentes, uma vez que tal corrente jamais poderia ter servido de suporte à malfadada ideologia, dada a sua postura relativista, que tem como pressuposto a “não aceitação da existência de uma verdade única, universal e absoluta, de valores universais e absolutos” (MACHADO, 2008, p. 347).

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

> Só por meio de *leis inexoráveis*, eternamente iguais, é que se vencem os motins. Se alguém me critica e indaga por que não recorri aos tribunais comuns para julgar esses homens, só posso responder assim: naquele momento eu era responsável pelo destino da nação alemã e portanto seu

> juiz supremo [...]. Dei a ordem de execução dos principais culpados dessa traição [...]. Além disso, dei ordem de extirpar esses abscessos que envenenavam nossas fontes vitais e de arrancar as feridas até que se chegasse à carne viva [...]. A nação deve saber que sua existência não poderia ser ameaçada impunemente seja pelo que for e que essa existência é garantida pela ordem interna e a segurança. Cada um deve saber daqui por diante que, se vier a erguer a mão contra o Estado, seu único destino será a morte. (FEST, 2005, p. 553).

Sob este enfoque, ao se analisar as razões do direito em Hans Kelsen, chega-se à conclusão de que o fundamento de validade do direito estaria na hierarquia normativa. Nesse ponto, considera-se que a lei do *Reich* seria legítima do ponto de vista formal, por derivar de uma estrutura estatal que validaria tal legislação dentro da mais estrita legalidade, ou seja, seria inegável a contribuição hitlerista à manutenção do Estado totalitário nazista:

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

Ora, desse modo, resta evidente que o ataque proferido contra positivismo jurídico traz ao campo de batalha a ideia de que uma "lei injusta" jamais pudesse ser cumprida, tendo em vista que nem mesmo o Estado teria legitimidade para ordenar atos que atentassem contra a humanidade. A acusação dirigida ao positivismo de legitimar sistemas jurídicos autoritários é não apenas falsa, mas injusta e mentirosa, visto que, o "positivismo jurídico nunca se colocou ao lado da ordem constituída, preferindo antes criticá-la com base em uma epistemologia relativista e uma metodologia comprometida com a verdade, nunca com a górgona do poder" (COSTA MATOS, 2009, p. 41).

E mais, ainda nesse cenário, o direito começa a ganhar contornos de uma beligerância ideológica com Gustav Radbruch, importante jurista do século XX, que tinha na segurança jurídica proposta pelo positivismo o valor por excelência do direito, e que mais tarde, ao se deparar com os estragos deixados pela Segunda Grande Guerra, teria mudado sua visão e passado a defender, nos casos de "extrema injustiça", a justiça e não a segurança como valor supremo do Estado. Em "Cinco Minutos de Filosofia do Direito", Gustav Radbruch descreve sua impressão do positivismo jurídico por meio da seguinte passagem:

> Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalente em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro. (RADBRUCH, 1974a, p. 415).

É inegável, que para Charles Nunes Bahia (2013), o modelo positivista, muito defendido por importantes teóricos do século XX, almejava alcançar uma definição do direito pela forma, o que na visão dos não-positivistas consubstanciava-se como um fator de identificação com o nazismo, haja vista que esse formalismo não daria margem à discussão do conteúdo da norma, atribuindo um valor exagerado à legislação positiva. Todavia, no seio do direito positivo está o germe de sua superação, isto é, "a justiça concreta em todas as dimensões exige que se opere uma lógica jurídica diversa e distinta da tradicional, totalmente inversa aos valores da realidade sempre mutável" (FREITAS, 1989, p. 27). Configurando uma hipótese paradigmática, a lei injusta, além de irracional, contraria a própria consistência lógica do direito. O que se deve eleger é sempre a interpretação justa, não a mais ou menos, mas a consentânea com os princípios racionais e fundamentais do direito.

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

3.3.3 Nova ordem legal: o estado de exceção como paradigma de governo na Alemanha nazista

No cenário vivo das grandes revoluções e contrarrevoluções na Europa, ninguém parecia estar mais predestinado do que Hitler para com o futuro do povo

alemão. A revolução legal das estruturas sociais que o regime nazista impôs era, notadamente, irreconhecível. No século XX, o *Führer* se fixara irrevogavelmente no ímpeto revolucionário de estabelecer uma nova ordem suprema e totalizante, com êxito em suas posições de força e domínio total de seus adversários diretos e indiretos.

Nessa ótica, é raro que condições preexistentes venham a moldar um homem de modo mais perfeito do que no seu caso, assim como é raro encontrar alguém que, como Hitler, tenha participado mais intensamente das angústias, dos complexos de agressão, das grandes revoluções, dos protestos de sua época, e os tenha explorado tão bem em proveito próprio como ele o fez. Parece que todos esses acontecimentos encontraram um eco na sociedade alemã e jamais foram esquecidos numa perspectiva histórica. Seus ataques, no plano das ideias, eram tão bárbaros quanto duráveis seus efeitos, mas uma coisa é certa, os exercícios oratórios do *Führer* testemunhavam, sobretudo, esforços particulares para adotar um comportamento popular e para exprimir de maneira facilmente compreensível um fanatismo apaixonado.

Nesse contexto, o *Führer* passa a representar a soma de todas as perfeições, isto é, tudo o que o líder diz ou faz está imune à crítica. Por sua vez, os indivíduos que são massificados por esta "nova ordem legal" se empobrecem radicalmente e são direcionados estrategicamente a seguir um estado de exceção[37]. Como se sabe, em pleno século XX, pôde-se assistir a um fenômeno paradoxal que foi bem definido por Roman Schnur (1983) como uma "guerra civil legal", tomando-se como referência o caso do Estado nazista. Com a ascensão de Hitler ao poder, foi promulgado em 28 de fevereiro o Decreto para proteção do povo e do Estado, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais.

Tal decreto que fora promulgado por Hitler nunca havia sido revogado, de modo que o Terceiro *Reich* pode ser considerado, do ponto de vista formal, como um Estado de direito, e por outro lado, do ponto de vista material, um Estado nazista, durando longos 12 (doze) anos de existência. Diante desse incessante embate, o Estado nazista pode ser definido nesse sentido, como sendo a instauração por meio

[37] Entende Giorgio Agamben (2004) como sendo o "*estado de exceção"* a forma legal daquilo que não pode ter forma legal. Em outras palavras, "se a exceção é o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão, uma *teoria do estado de exceção* é, então, condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o vivente ao direito". (AGAMBEN, 2004, p. 12).

de um estado de exceção, de uma guerra civil legal que permitiu a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareciam não integráveis ao sistema político alemão.

Na esteira do pensamento, com a "guerra civil mundial[38]", o estado de exceção tende a cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política. Em todo caso, a análise de Herbert Tingsten (1934) concentra-se num problema técnico essencial que marca profundamente a extensão dos poderes do executivo no âmbito do legislativo, por meio de promulgação de decretos e disposições:

> Entendemos por leis de plenos poderes aquelas por meio das quais se atribui ao executivo um poder de regulamentação excepcionalmente amplo, em particular o poder de modificar e de anular, por decretos, as leis em vigor. (TINGSTEN, 1934, p. 13).

Na realidade, Herbert Tingsten (1934) se propõe a examinar que uma das características essenciais do estado de exceção, ou seja, a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário, mostra sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo, principalmente na Alemanha nazista. Nesse sentido, questiona-se que a impossibilidade de definir e neutralizar as forças que determinam a transição da primeira à segunda forma de ditatura (por exemplo, exatamente o que ocorrera na Alemanha) é a aporia fundamental do livro de Carl Joaquim Friedrich (1950), assim como, em geral, de toda a teoria da ditadura constitucional.

Por outro lado, tanto no direito de resistência quanto no estado de exceção, "o que realmente está em jogo é o problema do significado jurídico de uma esfera da ação em si extrajurídica" (AGAMBEN, 2004, p. 24). Destarte, o problema do estado de exceção como paradigma de governo, apresenta analogias evidentes com o direito de resistência. Um exame dessa situação pode ser verificada em Giorgio Agamben, que transcreve o seguinte:

---

[38] A expressão "guerra civil mundial" aparece no mesmo ano (1963) no livro de Hannah Arendt "Sobre a Revolução" (ARENDT, 2001) e no de Carl Schmitt sobre a "Teoria da Guerrilha" (SCHMITT, 1975). A distinção entre um "estado de exceção real" (*état de siège effectif*) e um "estado de exceção fictício" (*état de siège fictif*) remonta, porém, como veremos, à doutrina do direito público francesa e já se encontra claramente articulada no livro de Theodor Reinach: *De l'état de siège. Étude historique et juridique* (1885), que está na origem da oposição schimittiana e benjaminiana entre estado de exceção real e estado de exceção fictício. A jurisprudência anglo-saxônica prefere falar, nesse sentido, de *fancied emergency*. Os juristas nazistas, por sua vez, falavam sem restrições de um *gewollte Ausnahmezustand*, um estado de exceção desejado, "com o objetivo de instaurar o Estado nacional-socialista". (DROBISCH; WIELAND, 1993, p. 28).

> Os argumentos são, aqui, exatamente simétricos aos que opõem os defensores da legalização do estado de exceção no texto constitucional ou numa lei específica aos juristas que consideram sua regulamentação normativa totalmente inoportuna. Em todo caso, é certo que, se a resistência se tornasse um direito ou terminantemente um dever (cujo não cumprimento pudesse ser punido), não só a constituição acabaria por se colocar como um valor absolutamente intangível e totalizante, mas também as escolhas políticas dos cidadãos acabariam sendo juridicamente normalizadas. (AGAMBEN, 2004, p. 24).

A história da Constituição de Weimar é tão estreitamente entrelaçada com a história da Alemanha que não é possível compreender a escalada triunfal de Hitler ao poder sem uma análise cuidadosa dos usos e abusos que vão de 1919 a 1933, período chave no contexto alemão em que foram concedidos ao presidente do *Reich* poderes excepcionais extremamente amplos. Na verdade, conforme reconhece Giorgio Agamben:

> O estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica. Donde o interesse das teorias que, como a de Schmitt, transformam a oposição topográfica em uma relação topológica mais complexa, em que está em questão o próprio limite do ordenamento jurídico. Em todo caso, a compreensão do problema do estado de exceção pressupõe uma correta determinação de sua localização (ou de sua deslocalização). Como veremos, o conflito a respeito do estado de exceção apresenta-se essencialmente como uma disputa sobre o *locus* que lhe cabe. (AGAMBEN, 2004, p. 39).

Nessa perspectiva, é interessante observar que Hitler, ao ditar as regras no Estado alemão, passa a figurar o *status necessitas*[39]. Muito provavelmente, a tentativa de resolver o estado de exceção no estado de necessidade choca-se com tantas e mais graves aporias quanto o fenômeno que deveria explicar. No Estado nazista é produzido um movimento inverso, onde o contrário tem aparência de verdadeiro, e nesse caso, o direito é suspenso e eliminado de fato. Santi Romano ao explicar a total incompreensão do pensamento hitlerista, sintetiza que “se não há lei, a necessidade faz a lei, como diz uma outra expressão corrente; o que significa que ela mesma constitui uma verdadeira fonte de direito” (ROMANO, 1909, p. 362).

[39] O *status necessitas* apresenta-se, assim, tanto sob a forma do estado de exceção quanto sob a forma da revolução, como uma zona ambígua e incerta onde procedimentos de fato, em si extra ou antijurídicos, transformam-se em direito e onde as normas jurídicas se indeterminam em mero fato; um limiar portanto, onde fato e direito parecem tornar-se indiscerníveis. (AGAMBEN, 2004, p. 45-46).

Na realidade, Hitler hauriu nas aclamações cada vez mais numerosas das massas populares a convicção de que ele, pessoalmente, seria uma parte do futuro da Alemanha. Com bastante confiança, ele era dotado de um senso intuitivo extraordinário, que lhe permitia dar corpo às aspirações de sua época e explorá-las da melhor maneira possível. Vale salientar que em sua tirania, empreendeu a tarefa gigantesca de fazer-se um nome, "com um cinismo alucinante, que constituiu realmente uma característica nova de seu comportamento e deixou evidente de uma vez por todas sua recusa em respeitar as regras e as convenções" (FEST, 2005, p. 137).

3.4 Um século marcado por atrocidades em nome da "lei": a legitimação de ideologias não racionalizantes

Com claras razões, os objetivos de Hitler determinaram o estilo de vida do povo alemão. Não obstante a isso, o advento do nazismo legitimou a intolerância, o crime, a temeridade, provando que tanto a cultura como o conhecimento não afastaram o espectro da irracionalidade. De acordo com André Rafael Weyermüller (2013), não é possível conceber um direito legítimo no nazismo, isto é, o direito não era mais direito, e sim um instrumento de controle e legitimação da ideologia de um regime baseado, sobretudo, nas ideias de alguns poucos homens que não tinham a menor consideração e um mínimo de senso de humanidade. Ora, se a lei coroada pelo *Führer* tinha mecanismos capazes de legitimar a ascensão do Estado nazista, esse senso de dever e obediência não permitia a transgressão ou a rebeldia, ou pelo menos foi assim para a maioria da nação.

Diante de tais constatações, de acordo com André Rafael Weyermüller (2013), é possível afirmar que mesmo existindo na Alemanha nazista um direito enquanto sistema organizado e hierarquizado de regras e competências, este não tinha a necessária legitimidade, pois da mesma forma que resolvia conflitos entre os "alemães de sangue", como sempre resolveu, legitimava restrições e segregações inimagináveis para aqueles que não se enquadravam nos padrões estabelecidos pelo Estado nazista. De fato, tal cenário alemão pode ser enquadrado em um Estado de "total ausência de leis" na medida em que leis positivas impostas por Hitler não reconheciam "o 'valor' da pessoa humana como 'valor-fonte' da ordem da vida em sociedade" (LAFER, 2003, p. 112), que encontra sua expressão jurídica máxima nos

direitos humanos.

Nesse ensejo, explica também Hannah Arendt (1989) que a ruptura no plano jurídico surge quando a lógica do razoável que permeia a reflexão jurídica não consegue dar conta da não razoabilidade que caracteriza uma experiência como a totalitária. De forma expressa, não resultou de uma ameaça externa, mas foi gerada em grande medida pelo desdobramento inesperado e não razoável dos valores explicitamente assumidos pelo totalitarismo. Contudo, as regras impostas pelo Estado nazista tinham como objetivo principal promover a negação e a diferenciação de direitos entre as pessoas e estabelecer uma proposta de oposição frontal a todos os inimigos do Estado.

De mais a mais, para se ter uma ideia da natureza dessas leis criadas, no ano de 1935 foram promulgadas por Hitler em seção no *Reichstag* (parlamento federal alemão) um conjunto de leis conhecidas como “Leis de Nuremberg” (aprovadas pelo congresso) que “protegeriam o sangue e a honra dos alemães” nas palavras de Hermann Wilhelm Göring (o segundo na hierarquia de poder nazista e comandante da força aérea), que presidiu a seção no parlamento (WEYERMÜLLER, 2013).

Com a promulgação dessas leis, idealizadas anos antes por Heinrich Luitpold Himmler, ficaram proibidos os casamentos entre judeus e alemães (inclusive relações sexuais estavam proibidas), e a cidadania alemã de judeus seria cassada (estavam fora da proteção do Estado e do direito). Além disso, outra sanção imposta aos judeus foi a de que não poderiam tocar a bandeira alemã, entre outros absurdos legais. Vale lembrar, que a cor vermelha da bandeira (*Hakenkreuz*) foi uma escolha de Hitler não só em razão de seu efeito psicológico, mas também porque queria usurpar a cor tradicional da ala esquerdista. Em termos superlativos, como um tirano, chegava “a aspirar a mais revolucionária ideologia, assim como, desejava eletrizar e dominar as massas, enfeitiçando as multidões com o seu brado de ‘força’” (WEYERMÜLLER, 2013).

Isso sem falar das leis de eugenia, como a “Lei da Profilaxia dos Descendentes com Doenças Genéticas”, de 1933, que permitia a esterilização à força de doentes mentais, depressivos, epiléticos e alcoólatras graves e ainda a autorização para o programa de eutanásia a ser aplicada em loucos, idosos e menores excepcionais (pressões da Igreja fizeram com que suspendessem o programa). Por tudo isso, “não é possível conceber um direito legítimo no Estado nazista” (WEYERMÜLLER, 2013). Apesar do grande respeito à autoridade e

disciplina impostas por Hitler na Alemanha, havia, portanto, uma cisão entre Estado e direito, pois a essência totalitária do Estado nazista precisava ficar de certa forma protegida do conhecimento de todos. Evidentemente, era preciso manter uma "aparência de legalidade" e "legitimidade" como parte de um grande plano muito bem orquestrado de dominação e convencimento das massas pela propaganda.

Por outro lado, as pretensas "verdades" que captavam desejos de vingança e de supremacia racial foram postas em prática pelo sinistro Joseph Goebbels (Ministro da Propaganda do *Reich*), que tinha poderes praticamente ilimitados na condução de assuntos como a prisão e deportação de judeus, repressão à oposição política (que por mais que fosse reprimida ainda existia) e a mais malévola de todas: "a administração das fábricas da morte que eram os campos de concentração espalhados por toda Europa, como Dachau, Treblinka, Auschwitz e tantos outros infames locais de extermínio" (WEYERMÜLLER, 2013).

Do ponto de vista do direito, a ascensão de Hitler ao poder político na Alemanha nazista se deu por um processo complexo de articulação política e jurídica, envolvendo em grande medida interesses econômicos, intrigas e pressões sociais, e com o apoio de forças armadas lideradas por uma aristocracia militar. Nesse sentido, não foram apenas mecanismos legais que proporcionaram tal ascensão ao poder, sendo interessante ressaltar que o partido nazista iniciou muito pequeno e foi crescendo a "medida em que Hitler ia angariando seguidores por todas as partes, oriundos de grupos de desajustados e arruaceiros que se identificavam com suas ideias de ódio e superioridade racial alardeadas" (WEYERMÜLLER, 2013).

Na escalada vertiginosa em busca do poder, vários partidos formavam a política alemã, como o Partido Católico do Centro, o Partido Conservador, o Partido Democrático, entre outros, além é claro, do NSDAP (Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães) ou partido Nacional-Socialista, os quais disputaram eleições durante a República de Weimar construída sobre os escombros políticos da primeira grande Guerra Mundial. Em tal perspectiva, nas eleições do ano de 1928, o partido de Hitler obteve uma votação pequena. Não obstante, nas eleições de 1930 e 1932 deram ao seu partido uma posição de destaque nacional ao tornar-se o maior partido no Parlamento. No início, a participação nazista na política alemã deu-se de forma democrática, dentro das regras do conturbado jogo político alemão de Weimar. Desse modo, com a eleição do idoso marechal prussiano Paul von

Hindenburg para a Presidência, “arranjos políticos e legais levaram Hitler à chancelaria em 30 de janeiro de 1933 com Franz von Papen de vice-chanceler” (WEYERMÜLLER, 2013).

A partir de então, como se sabe, aqueles que acharam que podiam controlar Hitler, foram sendo superados por um emaranhado de acordos e pressões políticas. Aliás, a intimidação direta foi outra forma de chegar ao poder e foi promovida, sobretudo, pelas tropas de assalto do partido (dissolvidas num expurgo de seus líderes e incorporada ao exército para obter seu apoio), e por eventos planejados como o incêndio do *Reichstag*. Manipulando o pressionado Presidente Paul von Hindenburg, o chanceler Hitler obteve um decreto que revogava de uma só vez vários dispositivos da Constituição de Weimar e que limitavam os direitos individuais, de expressão, de livre associação, onde “permitia a violação do sigilo de correspondências, a invasão de residências sem mandado, a intervenção em Estados, entre outros poderes absolutos que coroaram a sua investida” (WEYERMÜLLER, 2013).

Por sua vez, após a morte do Presidente Paul von Hindenburg, em agosto de 1934, Hitler tornou-se Presidente e Chanceler alemão com poderes absolutos, e sua legitimação ao regime deu-se por uma série de normas que visavam dar uma aparente “legalidade”. Inclusive, o título de *Führer* (líder ou guia) em substituição ao de Presidente/Chanceler foi proposto em votação e apoiado pela maioria da população. Ainda em 1933, “foi promulgada sob forte pressão pelo Parlamento, a ‘Lei de Plenos Poderes’ com vigência de quatro anos e que concedida poderes ditatoriais à Hitler, destruindo assim o sistema parlamentar alemão por completo” (WEYERMÜLLER, 2013).

No que concerne à legitimação da irracionalidade durante o regime nazista, as normas que davam esse aspecto legal não eram o fator mais importante, pois havia um Estado paralelo que agia acima das leis através das formas mais brutais possíveis, o que gerava um receio coletivo por parte de uma cidadela, forçando uma espécie de acomodação, de aceitação do que estava posto (estabelecido). Para ilustrar tal entendimento, dentro desse *locus* (lugar) de irracionalidade da imaginação do *Führer*, Georges Politzer faz um breve comentário a respeito do “mito” nazista, explicando que:

> A massa deve ser reeducada. A finalidade dessa reeducação é suprimir antes de tudo o pensamento racional, o que apreende as relações reais

> entre as coisas e que, separando o fato da ilusão, atinge, através das aparências, a realidade. Não devem mais haver luzes na consciência dos homens destinados ao trabalho e à guerra, a serviço do grande capital. Os homens devem permanecer na ignorância dos progressos da consciência humana, e seu pensamento deve ser mantido, pela força, ao nível do "mito", ao nível da transposição das relações reais em relações fantásticas. O mecanismo mental que está na origem da elaboração e da aceitação dos mitos deve tornar-se a única arte de pensar, e substituir a razão. (POLITZER, 1978, p. 108).

Pois bem, é justamente nesse ponto que repousa a questão da legitimidade construída por meio das imaginações da sociedade, que em regra, decorre da necessidade de cumprimento de determinadas finalidades sociais. Certamente, a força ideológica do *Führer* na Alemanha implicou uma prescrição aos membros da sociedade do que deveriam pensar e como deveriam pensar, o que deveriam valorizar e como deveriam valorizar, o que deveria sentir e como deveriam sentir, e por fim, o que deveriam fazer e como deveriam fazer. Nesse contexto, é imprescindível mencionar a observação de Ernst Cassirer:

> O homem civilizado está, é bem certo, sujeito às paixões mais violentas, e quando essas paixões alcançam o seu ponto culminante ele é capaz de ceder aos impulsos mais *irracionais*. No entanto, mesmo nesse caso não pode esquecer ou ignorar inteiramente a *racionalidade*. A fim de poder crer, deve encontrar algumas "razões" para o seu credo; deve formar uma "teoria" para justificar as suas crenças. E essa teoria, pelo menos, não é primitiva: é, pelo contrário, altamente sofisticada. (CASSIRER, 1976, p. 299).

A partir desse raciocínio, conclui-se que o caráter normativo da ideologia imposta por Hitler implicava justamente uma visão em que a realidade era "confundida" com a mera representação, até porque, não é sem motivo que a questão da legitimidade está intimamente ligada ao poder simbólico. Nesse sentido, analisa Pierre Bourdieu, que "os sistemas simbólicos cumprem a sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre a outra" (BOURDIEU, 1989, p. 11).

Sob essa perspectiva, presume-se que em uma dada sociedade em que os indivíduos edificam o direito que irá reger as suas relações sociais e limitar a satisfação das suas necessidades, aceitam como legítimo, tanto o poder que cria as normas, quanto válidas se tornam, e da mesma forma, submetem-se espontaneamente ao controle porque possuem alguma crença neste comando. Do contrário, existiria, no mínimo, um contexto de subversão política, já que, estaria em questionamento, a própria obediência ao estatuto social criado pelo poder político

constituído. A esse respeito, esclarece Pierre Bourdieu que:

> As diferentes classes e frações de classes estão envolvidas numa luta propriamente simbólica para imporem a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses, e imporem o campo das tomadas de posições ideológicas reproduzindo em forma transfigurada o campo das posições sociais[40]. Elas podem conduzir esta luta quer diretamente, nos conflitos simbólicos da vida quotidiana, quer por procuração, por meio da luta travada pelos especialistas da produção simbólica (produtores a tempo inteiro) e na qual está em jogo o monopólio da violência simbólica legítima, quer dizer, do poder de impor - e mesmo de inculcar - instrumentos de conhecimento e de expressão (taxinomias) arbitrários - embora ignorados como tais - da realidade social. O campo de produção simbólica é um microcosmos da luta simbólica entre classes: é ao servirem aos seus interesses na luta interna do campo de produção (e só nesta medida) que os produtores servem os interesses dos grupos exteriores ao campo de produção. (BOURDIEU, 1989, p. 11-12).

Dentro de uma metodologia do contrassenso, Hitler ao abraçar o Estado de exceção nazista, conseguia, por assim dizer, manter-se expurgando de toda e qualquer oposição, criando inclusive simulacros de legalidade como o "Tribunal Popular" presidido pelo juiz nazista Roland Freisler, que participou de célebres "julgamentos", como o dos conspiradores, a maioria militares como o Coronel Claus Philipp Schenk Graf von Stauffenberg, que em 1944 colocou uma bomba embaixo da mesa de reuniões em *Rastenburg*, mas que não matou Hitler, e de estudantes idealistas como Sophia Magdalena Scholl e seu irmão Hans Fritz Scholl, líderes do movimento estudantil "Rosa Branca", "todos condenados à morte com requintes de crueldade após um 'julgamento' com sentença conhecida desde o início" (WEYERMÜLLER, 2013).

Como já observado, através do Estado nazismo, Hitler conseguiu legitimar na Alemanha a irracionalidade, a exterminação, a intolerância, a exclusão, a atrocidade, a barbárie, a segregação social, o preconceito, o crime, e várias outras coisas do mesmo gênero. Inclusive, é relevante ressaltar, que um sistema legal não será reconhecidamente válido quando as normas que porventura recusem a liberdade e a dignidade de personalidade moral a qualquer pessoa, grupo ou classe, isto é, que lhes excluam a qualidade de sujeitos autônomos de direito (com os direitos e deveres implicados pela sua válida e legítima integração na comunidade) os reduzirem a meros objetos de coação política.

---

[40] As tomadas de posição ideológica dos dominantes são estratégias de reprodução que tendem a reforçar *dentro* da classe e *fora* da classe a crença na legitimidade da dominação da classe. (BOURDIEU, 1989, p. 11).

No caso, carecem de legitimidade as decisões do *Führer* que considerem as normas isoladamente dos seres humanos e imponham o comando emergente da mera interpretação isolada, ou seja, nunca é dispensável a interpretação das leis no sistema da própria ordem jurídica positiva em consonância com os princípios e garantias constitucionais e, sobretudo, à luz dos valores comunitariamente aceitos e compartidos.

De um ponto de vista semelhante, o poder de constranger o outro a fazer algo contra a sua vontade, se não estiver fundado em uma regra jurídica racionalmente válida, é ilegítimo. Para Simone Goyard-Fabre, "em sua concepção mais ampla, o conceito de legitimidade constitui uma proteção contra o capricho ou a anarquia, contra a arbitrariedade ou a insensatez" (GOYARD-FABRE, 1999, p.173). Contudo, a legitimidade se refere à impossibilidade de estabelecimento de uma ordem política e jurídica fundamentada exclusivamente na força[41].

Diante de tais constatações, é possível afirmar que as atrocidades em nome da lei ou as normas somadas ao terror garantiram a continuidade do Estado nazista. No que concerne a essa fatídica conjugação de fatores, o direito daquela época tinha mecanismos capazes de legitimar irracionalmente a ascensão do nazismo, todavia, se tais mecanismos lançados eram ou não moralmente aceitáveis, foram reconhecidamente válidos pelo Estado alemão. De acordo com Emerson Gabardo (2003), tal constatação poderia causar tamanha perplexidade, ou mesmo resultar na pergunta de Georges Politzer: será que o racionalismo realmente existiu no Estado alemão durante o período nazista? Em resposta, o preclaro autor afirma que:

> O racionalismo é bem a afirmação da razão, mas não é na hipótese das formas vazias do pensamento que consiste essa afirmação. Afirmar a razão é desejar fazer progredir, e progredir efetivamente, o saber humano de um nível inferior a um nível superior, em direção a um conhecimento mais adequado do real. (POLITZER, 1978, p. 155).

Nessa ótica, portanto, "ser racional é buscar o real" (GABARDO, 2003, p. 47). Por esse motivo, é possível deduzir que a tese hitlerista, apesar de racionalizadora (e portanto concretista, à medida que rompe totalmente com a mentalidade do povo alemão), funda-se no irracional, no momento em que afasta do real, utilizando-se de

[41] Nesse sentido, também é a posição de Norberto Bobbio: "Que a possibilidade de recorrer à força física se o elemento que distingue o poder político das outras formas de poder não significa que o poder político se resuma ao uso da força: o uso da força é uma condição necessária, mas não suficiente para a existência do poder político". (BOBBIO, 2000, p. 164).

um instrumento simbólico de legitimação: a eficiência do *Führer*. Assim, de acordo com Arthur Kaufmann, “ainda que a filosofia do direito alemão estivesse majoritariamente passiva diante do fenômeno totalitário, não se pode dizer que tenha havido uma cooperação por parte do positivismo” (KAUFMANN, 2002b, p. 123-124).

3.5 Os fundamentos e o caráter do Estado nazista: a justificação da autoridade absoluta e suprema do *Führer*

É preciso reconhecer, abstratamente, que o grande líder do partido nazista elaborou e expressou as ideias que vieram a ser conhecidas como a “ideologia nazista”. Na verdade, como um verdadeiro autocrata, Hitler se imaginava um pensador sério e de profundidade intelectual, e estava convencido de haver encontrado a chave para a compreensão de um mundo extraordinariamente complexo. Em suas inquietações a respeito da origem da raça humana, partia do princípio de que as características, as atitudes, as habilidades, o senso comum e o comportamento das pessoas eram determinadas por suas “origens raciais”.

Nesse ensejo, o *Führer* acreditava que raças superiores não só tinham o direito, mas também a obrigação de dominar e até mesmo expurgar as inferiores. Somando-se a tudo isso, acreditavam igualmente os nazistas que a “luta racial” era consistente com as leis da natureza, ou seja, a visão estratégica que guiava as políticas raciais era a de que a raça dominante, a raça ariana, governaria os demais povos, a quem julgavam inferiores por natureza. Por essa razão, quando Hitler assumiu o poder, tais concepções tornaram-se a ideologia oficial do governo, no qual foram difundidas publicamente.

De fato, tanto Hitler como os outros líderes nazistas, viam os judeus não como um grupo religioso, mas sim como uma “raça venenosa”, que se aproveitava de outras raças e as enfraqueciam. Depois que Hitler assumiu o poder, professores nazistas começaram a aplicar os princípios de sua “ciência racial” - totalmente sem bases científicas - nas salas de aula. Eles mediam o tamanho do crânio, o comprimento do nariz, registravam a cor dos olhos e cabelos de seus alunos para tentar determinar se eles pertenciam à verdadeira “raça ariana”. Por sua vez, os estudantes judeus e ciganos eram frequentemente humilhados durante tais eventos.

É preciso, ademais, sublinhar, que o Estado nazista que emergiu desses

desdobramentos, era um que não tolerava qualquer forma de oposição e que procurava não apenas reprimir, mas também mobilizar a mente de todo o povo alemão. De acordo com Dick Geary, “a dissolução das organizações independentes que se interpunham entre o cidadão individual e o Estado é de suma importância na compreensão da aparente passividade do povo alemão” (GEARY, 2010, p. 58). Obviamente, o Estado nazista erigiu um sistema de repressão e de dominação que se tornou cada vez mais radical na implementação de seus objetivos, pois durante a Segunda Guerra Mundial, ele se revelou em todas as intensas cores de sua barbárie, à medida que os parcos aspectos constitucionais e legais ainda remanescentes eram eliminados pela crueza da ocupação militar e também do genocídio.

Afinal, dentro do espectro nazista, para eliminar essa doutrina prejudicial, perigosa à sobrevivência dos alemães, era necessário eliminar as pessoas que por natureza eram seus criadores e mantenedores, pois segundo o *Führer*, era assim que a natureza funcionava. Por outro lado, o programa de guerra e de genocídio de Hitler foram resultantes do que ele via como uma equação, ou seja, os alemães "arianos" precisavam se expandir e dominar outros povos e espaços, um processo que exigia a eliminação de todas as ameaças raciais ou então eles próprios seriam extintos. Contudo, para a ideologia autoritária, toda a história humana poderia ser explicada em termos do conceito de luta racial.

3.5.1 A concepção política no Estado nazista: a afirmação do “poder” através do direito

O problema do Estado nazista não é um problema do passado, aliás, ele nunca deixou de ser um problema atual. O nazismo surgiu da decadência social da Alemanha e da esperança de um povo sofrido que, no pós-guerra, passava por necessidades básicas e carências diversas. Potencialmente revolucionário e inovador, o Estado nazista exaltava o passado associando-o a um futuro promissor para toda a nação. Trazia consigo uma concepção materialista, dogmática e doutrinária cuja sustentação justificava a ampla supremacia de um chefe, apoiado na força policial militar e autoritária (seu fundamento era embasado em um fanatismo epidêmico).

De outra parte, seduzidos pela sugestão de superioridade, os nazistas

instauraram e difundiram ideias que deram origem ao movimento antissemita ou antissemitismo[42]. Fica claro então que "a adesão a tal movimento levou à racionalidade desse povo à extinção" (TIZZO, 2013b). Além disso, o líder plantou ideias de superioridade de sua raça - chamada ariana - supostamente superior a todos os outros povos existentes no mundo, e a necessidade de espaço, conservação e melhorias para que se alcançasse "o triunfo" do Estado nazista.

Nesse sentido, o *Führer* apontou os supostos culpados pelas dificuldades que a Alemanha enfrentava, baseando-se em um dogmatismo direcionado ao extermínio de um futuro mártir: "o povo judeu". De acordo com Fabiano Tizzo (2013b), para o líder, não bastava solucionar a crise, era preciso responsabilizar e punir os culpados por todos os fracassos da Alemanha e as dificuldades que passava o povo alemão. Não raro é citar que alguns historiadores supõem que a assinatura do Tratado de Versalhes foi a base do Partido Nacional Socialista, ou Partido Nazista, estimulando o seu surgimento, uma vez que Hitler sempre criticava o pacto, tendo por objetivo o seu não-cumprimento. Portanto, para todas as categorias de chefes desse partido havia autonomia de liderança, mas nunca poder supremo. Apenas o *Führer* possuía poderes absolutos (em nome da "lei") e adquiriu uma liderança imbatível nesse contexto.

É interessante ressaltar também, conforme observa Fabiano Tizzo (2013b), que no interior do referido partido, havia procedimentos que resultavam na expulsão, prisão ou morte de membros traidores ou desleais. Em outras palavras, a obediência era absoluta e executada sem questionamentos. Da mesma forma, a honra, a ordem, a disciplina e a dedicação eram idealizadas e pregadas, e se sugeria uma nação saudável, forte, poderosa e temida. O Estado nazista promovia a vitória do melhor e a submissão do mais fraco, e assim produzia pretexto para justificar possíveis guerras. Porém, qualquer espécie de oposição era duramente reprimida, e os responsáveis levados aos vários campos de concentração, onde eram punidos severamente ou mortos (TIZZO, 2013b).

Em verdade, o Partido Nacional Socialista jamais conseguiu vencer uma eleição livre, mas Hitler, ocupando o cargo de Chanceler (abaixo do Presidente),

[42] O termo era muito usual na ocasião e significava ser anti-judeu ou estar em contraposição, repúdio e hostilidade aos judeus. Coincide com desrespeito cultural e humano, aos malefícios e todas as formas de sofrimento desse povo ocasionado pelos nazistas. No século XIX, essas ideias antissemitas complementavam e fortaleciam a doutrina nazista. O termo (antissemita) foi utilizado pela primeira vez em um jornal alemão chamado *Neue Freie Presse*, escrito por Wilhelm em 1880. Em 1885, o termo passou a ser conhecido como antissemitismo. (TIZZO, 2013b).

utilizou sua grande influência e finalmente conseguiu a aprovação pela maioria do parlamento da Lei dos Plenos Poderes. O *Führer* adquiriu um ato de permissão, que deixou sem efeito a Constituição da República de Weimar, obtendo o direito de legislar e sendo o único que podia fazê-lo (TIZZO, 2013b). De acordo com João Júnior Ribeiro, o programa político dos nazistas era sintetizado em vinte e cinco pontos principais:

> 1) Reunião de todos os alemães na grande Alemanha; 2) Abolição do Tratado de Versalhes; 3) Reivindicação do espaço vital; 4) Definição de cidadão: só quem tivesse sangue-alemão; 5) Exclusão dos judeus da comunidade alemã; 6) Quem não fosse cidadão estaria sujeito à lei dos estrangeiros; 7) Os não-cidadãos poderiam ser expulsos caso o Estado não tivesse condições de assegurar alimentos à comunidade alemã; 8) Os cargos públicos deveriam ser reservados aos cidadãos; 9) Direito e dever de trabalho; 10) Abolição de rendas não derivadas do trabalho; 11) Eliminação da escravidão do lucro; 12) Confisco dos lucros de guerra; 13) Nacionalização das indústrias monopolistas; 14) Participação dos trabalhadores nos lucros das grandes empresas; 15) Incremento da previdência para velhice; 16) Fortalecimento da classe média; 17) Reforma agrária; 18) Punição dos usuários, açambarcadores e traficantes do mercado negro com pena de morte; 19) Substituição do direito romano pelo direito alemão; 20) Reforma da escola, direcionando-a no sentido nacionalista; 21) Proteção da mãe e da criança; 22) Criação de um exército popular; 23) Limitação da liberdade de imprensa e de arte; 24) Liberdade do credo religioso, desde que não contrariasse a moralidade da raça germânica; 25) Criação de uma forte autoridade central do *Reich*. (RIBEIRO, 2005, p. 40).

Sem dúvida, os direitos individuais não eram levados em conta. O que verdadeiramente preponderava era a ideia de uma moral nacional, bem como as leis da vida em comunidade sem qualquer liberdade individual, rompendo com a influência das políticas liberalista e comunista. De forma resumida, esta ideologia se fixava na superioridade da raça alemã e na substituição da luta de classes pela união de todas as categorias para trabalhar pela grandeza da pátria. Era estabelecido o culto da força e da vontade de poder, a subordinação do indivíduo ao Estado e a ditadura de um chefe nacionalista e totalitário (TIZZO, 2013b).

E mais, todos esses acontecimentos pareciam ter ocultado a racionalidade do povo alemão, na medida em que o indivíduo deixou de ter a sua individualidade, de pensar em si mesmo e se doou ao Estado nazista de “corpo e alma”, perdendo sua identidade pessoal, inclusive a sensatez. Aprioristicamente, o interesse público do Estado nazista estava sempre acima do interesse particular de qualquer cidadão.

Quem desejasse ser cidadão[43] deveria, antes, servir à nação sem exigir nenhum tipo de remuneração; isso representava confiança mútua entre a comunidade e o Estado nazista. Pode-se afirmar, então, que se tratava de um sistema ideológico dogmaticamente organizado, maquiado como um instrumento de uma luta ética e política. Isso representou um conjunto de ideias próprias e disfarçadas de boa moral e conduta nacional, por um homem persuasivo que desencadeou a Segunda Guerra Mundial e condecorou o mundo com "injustiças extremas" (TIZZO, 2013b).

3.5.2 Direito e não-direito no Estado nazista: a definição da ordem jurídica e legal

Sem aderir a dogmatismos extremados, a tirania nacional-socialista na Alemanha foi somente uma das muitas ditaduras europeias que surgiram naquele contexto, graças aos descontentamentos que a democracia parlamentar liberal mostrou-se incapaz de curar. As guerras de 1914-1918 e de 1939-1945 foram decisivas para subverter definitivamente tudo o que restava das regalias medievais. De acordo com John Maurice Kelly, "a ampliação das funções do Estado que havia ocorrido antes de 1900, embora notável quando medida em comparação com o *laissez-faire* ortodoxo de 1800, ainda fora bastante modesta" (KELLY, 2010, p. 464). As transformações no Estado nazista foram acompanhadas também, após a Segunda Guerra Mundial, pela generalização do constitucionalismo, da democracia parlamentar e do primado do direito. Nas palavras de John Maurice Kelly:

> Os ultrajes cometidos nas décadas de 1930 e 1940 em nome do Estado, contra os direitos humanos elementares, atingiram tal paroxismo que, assim, que a guerra terminou, ocorreram importantes movimentos para fortalecer as salvaguardas institucionais contra o abuso da autoridade. A ideia dos direitos individuais objetivos e de um princípio objetivo como o Estado de Direito era incompatível com a teoria e prática. (KELLY, 2010, p. 465-464).

Na acepção do termo, conforme assinala John Maurice Kelly (2010), os diversos grupos subordinados, as associações de todos os tipos, que subsistiam

[43] Hitler deixava claro que ser cidadão alemão e pertencer ao partido nazista era gratificante e privilegiável, isso se dava principalmente pela garantia de ser superior. Era uma crença indiscutível naquele contexto. Entretanto, muitos cidadãos alemães sentiam-se auto-realizados com suas promessas, tendo em vista os dias incertos e difíceis que viviam no período: refiro-me à humilhação e desonra pela derrota na guerra, ao orgulho ferido e um período de baixa estima que passavam. Era uma forma de acreditar em algo que pudesse trazer o orgulho nacional de volta. Isso era muito almejado naquele momento em razão das necessidades materiais, afetivas, pelas expectativas devido à nova proposta que visava anos de ouro e vida nova aos alemães. A título de ilustração, o dia primeiro de maio era feriado e simbolizava "O Dia Nacional do Povo Alemão". (TIZZO, 2013b).

dentro da jurisdição do Estado, não deviam a ele sua existência jurídica, mas meramente o reconhecimento dessa existência, à qual não o Estado, mas o ato coletivo de seus membros, dava um sopro de vida tão real quanto a existência de cada um deles. Por outro lado, afirma Otto von Friedrich Gierke (1902), que além do mais, o próprio Estado, tanto quanto os grupos que ele não criava, mas podia apenas supervisionar, era limitado pelo objetivo para o qual foi criado. Preconizava-se, então, a partir daí, que o Estado deveria se manter dentro dos limites e valores que tinham inspirado o seu nascimento: *Rechtsstaat*[44] ou "Estado de Direito".

Não obstante, apenas um pequeno passo separava essa concepção quase mística do Estado da glorificação. Otto von Friedrich Gierke (1902) não deu esse passo, e talvez nem tenha previsto que outros pudessem dá-lo, mas nas décadas posteriores a sua morte, sua doutrina do Estado como um grupo supremo, com uma existência real e transcendente, teve um uso sinistro, como bem escreveu Wolfgang Friedmann: "aos olhos dos nacionalistas alemães por ter sido deduzida das origens germânicas, (ela) serviu de trampolim para essa fusão do individual no coletivo que é um aspecto essencial e vital do governo totalitário moderno" (FRIEDMANN, 1967, p. 238).

Em tal contexto, há um enorme contraste entre a primeira metade do século XX (para não mencionar a segunda), no que concerne à profusão de novas teorias do direito, todas as quais geraram, por sua vez, uma vasta literatura crítica da aprovação, dissensão, qualificação, e refinamento. Essa mutação da ordem jurídica e legal foi acompanhada pelas convulsões das duas grandes guerras mundiais. Tal reação contra a compreensão do direito como algo puramente formal, baseado em seções e parágrafos, teve associação com a *école de l'exégèse* (Escola da Exegese) na França e com o Código Civil alemão. As teorias do direito nascidas no início do século XX, na medida em que examinavam o que havia por trás da letra da lei, podiam ser chamadas coletivamente, na expressão de Guido Fassò, de "antiformalistas" (FASSÒ, 1977).

Da mesma forma, também, surgiram teses formalistas do direito, sendo a mais notável cunhada por Hans Kelsen. Na visão do juspositivista, a construção da "Teoria Pura do Direito" busca extirpar, num primeiro momento, qualquer construção ideológica (seja ela da social-democracia, do liberalismo político, do Estado do bem-

[44] Sobre a questão do "Estado de Direito" verificar em Otto von Friedrich Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände.* (GIERKE, 1902).

estar-social ou qualquer outra posição política) quando no campo científico, sem que, posteriormente, não reconheça a necessária e natural intervenção axiológica.

De acordo com Hans Kelsen, a existência de uma norma fundamental (*Grundnorm*), oferece validade às normas jurídicas situadas no topo da pirâmide. A norma fundamental para ele desempenha duas funções básicas: primeiro, ordena que todos se conduzam de acordo com as normas positivas supremas do ordenamento; segundo, "considera válida todas as normas que decorrem da manifestação de vontade do criador das normas supremas" (KELSEN, 1998b, p. 221-228).

O tema da norma fundamental é objeto de extensa bibliografia e não será examinado aqui. O que deve ser observado em Hans Kelsen, reconhecendo-se o direito e não-direito no Estado nazista, é que apesar de sua preocupação em não fazer depender a validade do ordenamento jurídico de fatos sociais, se vê obrigado a fazer duas concessões básicas à realidade social. Em primeiro lugar, considera necessário que o direito reconhecido como válido conforme a norma fundamental tenha certo grau de eficácia social. E segundo lugar, sugere comparar vários sistemas normativos que, eventualmente, coexistam no mesmo período e território. De maneira clara, afirmam Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi que:

> Para não comprometer a pureza jurídica de sua teoria, Kelsen afirma que as referências à realidade social não designam o fundamento de validade do ordenamento jurídico (que seria a norma fundamental). Não é validade a norma obedecida na prática, mas a norma que juridicamente deve ser obedecida *(ainda que não o seja).* Nessa perspectiva, determinados fatos (*Tatsachen*) devem ser visto como condição ou pré-requisito de validade (*Bedingung der Geltung*) do direito. (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 225).

Na verdade, o ponto decisivo parece ser o fato de haver razões para o caráter fundamental da atribuição de poderes no nível mais elevado, em um sentido ou em outro. Isso significar dizer, que esse caráter fundamental deve ser qualificado como fundamental simplesmente por decorrer de sua posição no sistema jurídico, isto é, como um caráter sistematicamente fundamental. Entretanto, "é a questão de um caráter conceitualmente fundamental que surge em face da competição entre atribuição de poderes e obrigação" (ALEXY, 2013, p. 100). Para Joseph Raz, os critérios de identidade e pertinência nesse sentido têm a função de fornecer um método pelo qual se possa identificar se uma norma qualquer pertence ou não a determinando sistema jurídico, e isto pode ser usado para estabelecer a pertinência

total, ou seja, “a identidade das normas afeitas ao Estado nazista” (RAZ, 2012, p. 135).

Até o presente momento não foi possível traçar as fronteiras entre Estado de direito e Estado de não-direito em termos abstratos e conceituais. Nesse sentido, é preciso pressupor se o primeiro momento de negação do Estado de direito encontra-se nos regimes nazistas. Embora pareça paradoxal, mas no Estado nazista havia sim uma ordem jurídica e um Estado legal. Há quem afirme que o Estado nazista seja, porém, uma institucionalização totalitária diferente do Estado de direito. Contudo, ressalte-se que o Estado não é um esquema organizatório limitado pelo direito. É, sim, uma realidade transcendente, uma realidade suprema, uma organização política com fins gerais. Perante ele, os direitos individuais assentes na dignidade da pessoa humana cedem porque em primeiro lugar estão os interesses do Estado.

Segundo Joaquim Gomes Canotilho, ”o Estado de direito pressupõe uma certa distância e uma inequívoca separação da sociedade civil perante o Estado” (CANOTILHO, 1999b, p. 6). Por outro lado, “o Estado nazista elimina a distância e a separação, incluindo na realidade estatocrática o indivíduo e os grupos sociais” (CANOTILHO, 1999b, p. 6). Para explicar melhor a dicotomia existente entre Estado de direito e Estado de não-direito, Joaquim Gomes Canotilho estabelece o seguinte:

> “Estado de direito” é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. “Estado de não-direito” será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito. Este modo abstrato de aproximação aos conceitos de “Estado de direito” e de “Estado de não-direito” pouco adiantará direito, pouco adiantará às pessoas menos familiarizadas com os temas do “Estado” e do “direito”. Avancemos então por um caminho mais assente na terra para se tomar a sério o “Estado de direito”. Tomar a sério o “Estado de direito” implica, desde logo, recortar com rigor razoável o seu contrário. O “Estado de não-direito”, três ideias bastam para o caracterizar: (I) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; (II) é um Estado em que o direito se identifica com a “razão do Estado” imposta e iluminada por chefes; (III) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito. Explicitemos melhor estas três ideias. “Estado de não-direito” é aquele em que existem leis arbitrárias, cruéis e desumanas que fazem da força ou do exercício abusivo do poder o direito, deixando sem qualquer defesa jurídica eficaz o indivíduo, os cidadãos, os povos e as minorias. Lei arbitrária, cruel e desumana é, por exemplo, aquela que permite experiências científicas impostas exclusivamente a indivíduos de outras raças, de outras nacionalidades, de outras línguas e de outras religiões.
>
> “Estado de não-direito” - eis a segunda ideia básica - é aquele que identifica o direito com a “razão do Estado”, com o “bem do povo”, com a “utilidade

> política", autoritária ou totalitariamente impostos. O direito é tudo - mas não mais do que isso - o que os chefes, o partido, a falange, decretarem como politicamente correto. Facilmente se intuem as consequências trágicas desta identificação do direito com uma hipotética "utilidade social" ou com uma abstrata razão de Estado. A "razão de Estado" - com este ou com outros nomes, como, por exemplo, amizade do povo, bem da nação, imperativos da revolução, interesses superiores do Estado - justificou campos de concentração, pavilhões psiquiátricos e mesmo genocídios coletivos para os adversários políticos ou para os povos a que estes pertencem. O bem do povo e os interesses do Estado são (e foram) invocados a torto e a direito para dar cobertura a privilégios de classes dirigentes, insinuando-se a escandalosa identificação dos interesses das castas político-governantes com o bem comum dos cidadãos. (CANOTILHO, 1999b, p. 4).

Contrariando o pensamento exposto por Joaquim Gomes Canotilho acima, e analisando tal contexto pelo viés historicista, é possível verificar que a finalidade do Estado nazista era promover o bem comum de todos e a garantia dos direitos fundamentais. Inclusive chegou-se a afirmar em pleno Estado nazista a seguinte frase: "*Human rights are above the rights of the State*[45]" (HITLER, 1939, p. 86). Por incrível que pareça, mas a frase foi dita por ninguém menos do que o próprio Hitler. É a única passagem de sua autobiografia "*Mein Kampf*" ("Minha Luta") que faz alguma referência aos direitos fundamentais. Poderia ter sido dita por qualquer pessoa comprometida com os valores humanitários, mas o problema, no entanto, é que o texto não para por aí. Na passagem seguinte, há uma ressalva que, na verdade, destrói qualquer sentido de humanidade:

> *But if a people be defeated in the struggle for its human rights this means that its weight has proved too light in the scale of destiny to have the luck of being able to endure in this terrestrial world. The world is not there to be possessed by the faint-hearted races*[46] (HITLER, 1939, p. 86).

Como se vê, Hitler tinha perfeita noção do significado dos direitos fundamentais ao dizer que eles estão acima dos direitos do Estado. Não obstante, George Marmelstein Lima (2014) afirma que sua concepção é completamente distorcida e discriminatória, já que somente os descendentes da "raça superior"

---

[45] A tradução do termo em inglês "*Human rights are above the rights of the State*" para o português significa: "Os direitos fundamentais estão acima dos direitos do Estado". (HITLER, 1939, p. 86).

[46] A tradução do termo em inglês "*But if a people be defeated in the struggle for its human rights this means that its weight has proved too light in the scale of destiny to have the luck of being able to endure in this terrestrial world. The world is not there to be possessed by the faint-hearted races"* para o português significa: "Se, porém, na luta pelos direitos fundamentais, uma raça é subjugada, significa isso que ela pesou muito pouco na balança do destino para ter a felicidade de continuar a existir neste mundo terrestre, pois quem não é capaz de lutar pela vida tem o seu fim decretado pela providência. O mundo não foi feito para os povos covardes". (HITLER, 1939, p. 86).

deveriam ter o privilégio de gozar esses direitos. Os demais seres humanos poderiam ser descartados; afinal, “o mundo não foi feito para os povos covardes” (HITLER, 1939, p. 86). Na visão de Hitler, a dignidade não é um atributo do ser humano como um todo, mas dos seletos membros da raça ariana. O Holocausto, por sua vez, que resultou na morte de milhões de judeus e de outras minorias, é o resultado dessa concepção distorcida de dignidade da pessoa humana. Aliás, o Holocausto é uma lição que não pode ser esquecida para não ser repetida[47].

Nessa senda, vale ressaltar, porém, que na luta pelos direitos fundamentais e a dicotomia existente entre Estado de direito e Estado de não-direito, apesar do Estado nazista ser considerado um Estado de direito, uma raça era subjugada. Daí pode-se notar que o *Führer* tinha perfeita noção do significado dos direitos fundamentais ao dizer que eles estavam acima dos direitos do Estado. Em verdade, os direitos fundamentais possuem uma enorme afinidade estrutural, e concretizar qualquer direito fundamental somente é possível mediante a adoção de um espectro amplo de obrigações públicas e privadas, que se interagem e se complementam, e não apenas com um mero agir ou não agir por parte do Estado.

[47] No livro “As Entrevistas de Nuremberg”, Leon Goldensohn, que foi psicólogo dos nazistas quando eles estavam presos aguardando julgamento pelos crimes contra a humanidade que cometeram durante a Segunda Guerra Mundial, descreve as conversas que manteve com diversos membros do alto escalão de Hitler, a respeito de vários assuntos, inclusive sobre as atrocidades cometidas contra os judeus e outras minorias. Uma das conversas mais fortes foi com Rudolf Hoess, que comandou Auschwitz, o campo de concentração nazista no qual mais judeus foram exterminados. Para sentir o drama, confira um pequeno trecho da conversa travada entre Leon Goldensohn e Rudolf Hoess: “Fui comandante de Auschwitz durante quatro anos, de maio de 1940 a 1º de dezembro de 1943”. Perguntei quantas pessoas foram executadas em Auschwitz durante aquela época. “O número exato não dá para saber. Estimo que uns 2,5 milhões de judeus. Somente judeus?” Sim. Mulheres e crianças também? “Sim”. “No verão de 1941, fui chamado a Berlim para me encontrar com Himmler. Recebi a ordem de erigir campos de extermínio. Consigo repetir praticamente as palavras exatas de Himmler, que foram: O *Führer* ordenou a solução final do problema judaico. Nós, da SS, precisamos executar esses planos. É uma tarefa difícil, mas se a ação não for imediatamente realizada, em vez de nós exterminarmos os judeus, serão eles que exterminarão os alemães no futuro”. O que você acha disso? Hoess pareceu confuso e apático. Repeti a pergunta e indaguei se ele aprovava o que acontecera em Auschwitz. “Eu recebia minhas ordens pessoais de Himmler”. Você alguma vez chegou a protestar? “Eu não podia. Tinha que aceitar as razões dadas por Himmler”. Em outras palavras, você acha que se justificava matar 2,5 milhões de homens, mulheres e crianças? “Não se justificava - mas Himmler me disse que, se os judeus não fossem exterminados àquela altura, o povo alemão seria exterminado para sempre pelos judeus”. “Cortávamos os cabelos das mulheres depois de exterminadas nas câmaras de gás. Os cabelos eram então enviados para fábricas, onde eram trançados em ajustes especiais para vedações”. Você supervisionava os assassinatos nas câmaras de gás? “Sim, eu fazia toda a supervisão daquele negócio. Estava muitas vezes, mas nem todas, presente quando as câmaras de gás estavam sendo usadas”. Você deve ser homem durão. “Você se torna durão quando cumpre tais ordens”. Acima de tudo, você me parece durão. “Bem, você não pode ter coração mole, seja ao fuzilar pessoas ou ao vê-las em câmaras de gás”. (Os diálogos acima citados foram extraídos do livro de Leon Goldensohn: “As Entrevistas de Nuremberg”. (GOLDENSOHN, 2004, p. 348-362).

Para o Estado nazista, mais precisamente o ordenamento jurídico alemão, à época, somente uma parcela, considerada superior, podia gozar das garantias e direitos fundamentais. Apesar de tal distinção, ainda assim o Estado nazista era considerado um Estado de direito, haja vista o estabelecimento de várias normas que regulavam a vida em sociedade. No geral, as diferenças eram enormes, conforme explica George Marmelstein Lima (2014), onde as práticas de confisco de bens, esterilização, tortura, experimentos médicos com seres humanos, pena de morte, deportação, banimento; tudo isso era praticado de forma regular pelos membros do Terceiro *Reich*, sob o comando de Hitler, como se fosse algo perfeitamente normal. Essa prática mecanicista de atos de crueldade sem qualquer questionamento acerca de sua moralidade intrínseca representa aquilo que a filósofa Hannah Arendt chamou de “banalidade do mal” (LIMA, 2014).

Além disso, Hitler também tinha o direito de revogar os processos criminais, por exemplo, evidenciando que a lei era ele, e somente ele, mais uma vez demonstrando que o Estado de direito se perfazia através de suas leis impositivas, ainda que sem limites aparentes. A maioria da população alemã via em Hitler uma figura própria da justiça (o justiceiro). Nesse sentido, há uma série de contrastes, mas é importante apenas lembrar, como já dito, que em termos de finalidade (ao menos na teoria) o "ordenamento jurídico de Hitler tinha a mesma finalidade do Estado de direito, porém, com outra roupagem” (LIMA, 2014).

Por fim, analisando o posicionamento central estabelecido por Joaquim Gomes Canotilho a respeito do Estado de direito e do Estado de não-direito, e o correlacionando com o regime estabelecido na Alemanha em pleno século XX, é possível observar que o Estado nazista é um Estado de direito na acepção formalista, pois como realidade que se justifica a si próprio, foi criado e legitimado pelo povo alemão. Muito além disso, o Estado nazista, em todo tempo de vigência na Alemanha, encontrou embasamento legal para justificar todos os seus atos. Enfim, “[...] o *Führer* jamais deixou de estabelecer leis, nem para os alemães, tampouco para os que consideravam inimigos do Estado” (LIMA, 2014).

3.6 A prevalência do direito na Alemanha: o Estado nazista é considerado um Estado de direito?

Longe de esgotar qualquer pretensão a respeito da temática, do ponto de

vista jurídico-formal, dentro do que foi estabelecido no terreno fértil da legalidade na Alemanha, nada no Estado nazismo era ilegal. Todos os atos praticados tinham respaldo legal, inclusive o extermínio de milhões de judeus e de outros inimigos do Estado. Não raro é citar que o Estado nazista foi um regime de exceção, mas o Estado alemão sempre foi de direito. Deve-se frisar principalmente que o *Führer* chegou ao poder na Alemanha com uma intenção: afastar a ameaça dos comunistas e privilegiar ainda mais a classe burguesa alemã. Agora, como ele conseguiu isso? Se foi por meio de um golpe ou por meios jurídicos legais, pode-se dizer que foi legalmente.

É importante observar que a Constituição de *Weimar* concedia este privilégio a momentos como o proporcionado após a "queima pelos comunistas" do *Reichstag*, um episódio que foi um marco na história e deve ser lembrado, pois o imperador Nero fez o mesmo em Roma. Veja-se que o Ato do Regime de Exceção pode ser considerado juridicamente legal, no entanto, haja vista o clima e a suposta ameaça terrorista comunista, representou um golpe contra os direitos civis. Evidente é lembrar que algo parecido ocorreu nos Estados Unidos da América após o 11 de setembro de 2001 com o Ato Patriota (*USA Patriot Act*), e a instituição de um Estado policial, a semelhança do Ato do Regime de Exceção implantado em 1934 no Estado nazista. Embora tudo tenha sido feito legalmente, com inúmeras brechas na legislação alemã, aliada ao terror do povo instigada pela intensa propaganda anticomunista da época, o Estado nazista se consolidou um Estado de direito através de suas leis.

É preciso sublinhar que Hitler foi um ditador, mas jamais deve-se esquecer que ele não governou a Alemanha nazista sozinho. O *Führer* teve a aliança de grandes empresários, o apoio de diversos grupos sociais e também do militarismo alemão. Tal regime totalitário jamais teria crescido às proporções de uma ameaça internacional sem as armas, a assistência técnica, os alimentos, o dinheiro e o patriotismo. Ao se fazer uma análise no período compreendido entre os anos de 1918 a 1945, fica claro que a Revolução Russa, a reação burguesa frente à ameaça comunista nos demais cantos da Europa, a reação cristã e reação socialdemocrata, contribuíram vertiginosamente para o estabelecimento do Estado nazista. O Terceiro *Reich* só foi possível graças à reação a URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), do contrário, Hitler e os nazistas jamais ascenderiam ao poder na Alemanha.

Pois bem, com o término da Segunda Guerra Mundial e a queda do Estado nazista, os juristas europeus, especialmente os alemães, passaram por uma profunda crise de identidade, típica de qualquer fase de transição. Nesse período, conforme afirma George Marmelstein Lima (2014), o Estado nazismo foi como um "banho de água fria" para o positivismo kelseniano, que até então era aceito pela maioria dos juristas de prestígio. Há quem pense o contrário, mas é de tamanha a ingenuidade dos que afirmam que Hans Kelsen teria alguma influência ou participação na elaboração das leis nazistas. Longe disso ou qualquer previsão que se possa fazer nesse sentido, Hans Kelsen era um democrata e ele próprio foi perseguido pelo regime de Hitler[48].

Em outros termos, analisando a questão do direito na Alemanha por outro viés, para o positivismo jurídico, o direito corresponde a um complexo fático-normativo que, ontologicamente, não se apresenta como um valor[49]. Em verdade, tal operação intelectiva não lança mão de juízos de valor para afirmar que ordenamentos sociais vistos como jurídicos são melhores, mais justos ou preferíveis aos não-jurídicos. De maneira a explicar melhor se o Estado nazista era considerado um Estado de direito, Andityas Soares de Moura Costa Matos adverte o seguinte:

> Kelsen afirmou de modo bastante claro que o direito pode ter qualquer conteúdo[50]. Ainda que seja óbvio que "poder ter" não significa "dever ter", a consequência lógica dessa proposição, para qualquer teoria verdadeiramente juspositivista, é que juízos como "O ordenamento sócio-normativo nazista é direito" ou "O direito soviético era tão jurídico como o norte-americano" são não apenas perfeitamente válidas, mas também necessárias. Aprofundando ainda mais: "O direito do inimigo é tão jurídico quanto o meu, o que significa que não poderei vencê-lo com a velha e boa tática do rechaço e da denúncia ética, devendo, antes, utilizar uma perigosa opção: discutir racionalmente com o rival, em pé de igualdade". São proposições como essas três que horrorizam os jusnaturalistas e jusmoralistas de todos os tempos. No entanto, afirmar que certo conjunto

[48] Sobre esta nota característica, conferir em Anna Pintore: "*Democracia sin derecho: en torno al kelsen democrático".* In: Revista DOXA: cuadernos de filosofia del derecho. (PINTORE, 2000, p. 119-144).

[49] Nesse sentido, "[...] a tese do positivismo conceitual, segundo a qual o direito é identificado por meio de um critério de fonte e não um critério de mérito, é a única tese genuinamente compartilhada por todos os positivistas jurídicos, enquanto tais" (STRUCHINER, 2005, p. 35).

[50] A famosa e, para muitos, chocante tese já se encontra na Teoria Pura do Direito: "*La validité [des normes juridiques] ne résulte pas de leur contenu. Le droit peut avoir n'importe quel contenu et aucun comportement humain n'est par lui même inapte à devenir l'objet d'une norme juridique. La validité d'une telle norme n'est pas affectée par le fait que son contenu se trouverait en opposition avec une valeur quelconque, morale ou autre*" (KELSEN, 1988, p. 122). Na Teoria geral das normas Kelsen repete a ideia, remetendo ao caráter lógico-formal da norma jurídica - dever-ser objetivo -, capaz de agasalhar qualquer valor: "'Ser' e 'dever-ser' são puramente conceitos formais, duas formas ou modos que podem tomar todo e qualquer conteúdo, mas precisam ter um conteúdo determinado para serem razoáveis. Um algo que é, um algo que deve ser. Da forma não resulta, porém, nenhum conteúdo determinado" (KELSEN, 1986, p. 70).

> normativo apresenta natureza jurídica não significa aprová-lo ou recomendá-lo. A proposição “X é direito” envolve um juízo de fato, e não um juízo de valor. Da mesma maneira, quando se diz que o Império Romano assentava a sua estrutura econômica na forma de produção escravagista não significa que se está aprovando ou justificando a escravidão. Curiosamente, tal raciocínio não é aplicado com frequência às proposições “X é direito” e “X não é direito”. Tal porque seus predicados não são entendidos como fatos, mas como valores. Para os jusnaturalistas, o juízo de fato “X é direito” se transforma, de modo totalmente arbitrário, em um juízo de valor, já que emprestam ao termo “direito” uma função valorativa. Para tanto, confundem direito e valor, realidade e ideal, teoria e ideologia. É exatamente isso o que fazem também todas as teorias hoje chamadas de jusmoralistas; e é o que o positivismo jurídico pretende evitar a todo custo. As teorias juspositivistas dignas desse nome entendem o direito como um fenômeno factual, empírico e profundamente não-metafísico, desligado da esfera do sacral desde que atingiu a sua maturidade. (COSTA MATOS, 2009, p. 19-20).

Apenas reiterando, ao se indagar se o Estado totalitário nazista era de direito, a resposta seria, irremediavelmente, afirmativa. Sim, é de direito, uma vez que todo e qualquer Estado é de direito, seja qual for a ordem jurídica estabelecida. Haverá um Estado liberal de direito, um Estado social-democrático de direito, um Estado nazista de direito e um Estado comunista de direito. Acentua-se, porém, que a ideia de Estado de direito não tem qualquer relação com as atrocidades cometidas pelo Estado alemão. O grande problema das guerras ocorridas na Europa, principalmente as duas grandes Guerras Mundiais não foram as atrocidades em si, pois toda guerra é eivada de muitas complexidades (em um determinado aspecto, a própria guerra é uma demonstração de irracionalidade, ainda que amparada pela lei). Nesse aspecto, destaca Wallace Campos que:

> Quando o jurista austríaco Hans Kelsen lançou sua Teoria Pura do Direito no ano de 1934, não pensara ele que causaria um estardalhaço enorme no meio jurídico, principalmente no pós-guerra. Isso porque as bases nas quais se fundam as ideias kelsenianas são de ordem positivo-formalista. Para o ilustre jurista o direito é atividade do Estado, não importando se uma determinada norma é legítima ou justa, pois, se ela existe (vigência) e consegue se impor (força/eficácia) é o bastante. Um detalhe importante é que o termo "PURA" do título da obra alude a uma tentativa de expor o Direito como ciência autônoma, puramente lógica e normativista. E essa purificação se daria de várias formas, sobretudo na axiologia, onde seriam expurgados valores corruptores do sistema, em especial os políticos. Para Kelsen os juízos políticos são exteriores ao sistema jurídico e tinham lugar na criação de normas gerais e abstratas pelo Legislador Racional. O que quero dizer com o exposto, é que para o nosso jurista há Direito independentemente de sua legitimidade. (CAMPOS, 2014).

No entanto, complementando o pensamento exposto por Wallace Campos, Andityas Soares de Moura Costa Matos (2009) reforça sua tese jurídica alicerçando

que se Hans Kelsen pôde dizer que o Estado nazista era um Estado de direito, isso não quer dizer que o tenha referendado. Daí a célebre definição kelseniana de Estado como ordem jurídica centralizada[51]. Bem vista a questão por este ponto, cumpre destacar que o positivismo mostra-se incapaz de legitimar qualquer ordem sócio-normativa, visto que descrevê-la como jurídica significa muito pouco para os adeptos dessa corrente. Isto significa apenas dizer que aquela somatória de fatores sociais pode ser compreendida como jurídica, e nada mais. Assim, da análise feita, Jacques Chevallier conclui que:

> Kelsen afirma a absoluta identidade do Estado e do direito, que constituem uma mesma e única ordem coercitiva: o elemento político específico do Estado reside na faculdade que alguns indivíduos têm de exercer a coerção em seu nome; enquanto que o elemento distintivo do direito é a possibilidade de reagir, coercitivamente, à inexecução de suas prescrições. Como organização política, o Estado só pode ser visto como ordem jurídica e, reciprocamente, a ordem jurídica é um Estado a partir do momento em que alcança certo grau de centralização. (CHEVALLIER, 2003, p. 46).

De fato, como já explicitado, no Estado de direito, a lei domina todas as situações, contrapondo-se inclusive à vontade pessoal dos governantes, "o que não ocorre no *Führerstaat*[52], onde o querer pessoal do líder político supera a legislação, encarnando-a em si e modificando-a a seu bel-prazer" (COSTA MATOS, 2009, p. 30). Com efeito, entende-se, pois, que o Estado não é uma entidade mística que, dissimulada atrás do direito, comanda sua criação e lhe dá força obrigatória. No caso, a ordem jurídica é quem determina as condições de produção das normas jurídicas e faz o Estado existir como pessoa jurídica para que seus atos possam ser-lhe imputados, sobretudo ao definir seus elementos constitutivos. De acordo com Michel Troper, "o poder estatal, nada mais é do que a própria eficácia da ordem normativa" (TROPER, 2001). Percebe-se, então, que Hans Kelsen assimila o Estado de direito à ordem jurídica, tornando-o a própria personificação dessa ordem. Por outro lado, Andityas Soares de Moura Costa Matos esclarece que:

> O positivismo jurídico sempre defendeu o primado da norma jurídica diante do subjetivismo político-jurídico dos governos autoritários e, com maior razão, contra a experiência totalitária. Nesse sentido, o positivismo punha-

[51] "A dualidade de Estado e Direito é, na verdade, um dos fundamentos da ciência política e da jurisprudência modernas. Contudo, esse dualismo é teoricamente indefensável. O Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica, não mais do que a corporação é distinta de sua ordem constitutiva. Uma quantidade de indivíduos forma uma comunidade apenas porque uma ordem normativa regulamenta sua conduta recíproca" (KELSEN, 2000b, p. 263).

[52] O termo alemão "*Führerstaat*" traduzido para o português significa "Líder Estadual". (KEMPCKE, 2011).

> se como barreira intransponível diante dos totalitarismos do século passado, abertamente ilegítimos e hostis a qualquer racionalidade extrínseca ao movimento político, tais como os conceitos encampados pelo arcabouço teórico juspositivista. (COSTA MATOS, 2009, p. 30)

Desse modo, segundo André Felipe Canuto Coelho (2014), o problema do Estado de direito pode ser visualizado de um ponto de vista estritamente positivista ao excluir todo julgamento de valor e qualquer preocupação de legitimação. Entretanto, todas as vezes que estivermos diante de uma ordem coercitiva relativamente centralizada, oferecendo todas as características de uma verdadeira ordem jurídica, estamos também na presença do Estado, de um Estado de direito. O que realmente importa "não é o conteúdo das normas jurídicas, o grau de democracia e de segurança jurídica que elas apresentam, mas a simples constatação da existência de uma ordem coercitiva eficaz" (COELHO, 2014).

Por fim, de maneira a abrandar tal discussão, e respeitando as inúmeras posições contrárias, não há dúvidas de que o Estado nazista é considerado um Estado de direito, e todo Estado é Estado de direito. Este designa que quem vigora é a lei, e é ela que está acima de qualquer figura de governante ou coisa parecida. O chamado Estado de direito na Alemanha não possui relação alguma com as desumanidades cometidas por determinado governante (a exemplo do *Führer*).

Porém, resumidamente, sobre o Estado totalitário nazista, Hannah Arendt (1989) finaliza afirmando que mais do que um sistema ilegal, constituiu-se como um sistema de terror, e os conceitos de legalidade e de ilegalidade não são úteis para descrevê-lo[53]. Apesar de ser considerado um Estado de direito, no Estado nazista não sobrevive qualquer direito, ou qualquer teoria jurídica, seja juspositivista ou jusnaturalista, embora esta última possa, efetivamente, justificar o terror em nível ideológico como exigência de uma ordem natural superior que separa os fracos e os fortes com a eliminação dos primeiros.

[53] Explica Hannah Arendt que "Por governo legal compreendemos um corpo político no qual há necessidade de leis positivas para converter e realizar o imutável *ius naturale* ou a eterna lei de Deus, em critérios de certo e errado. Somente nesses critérios, no corpo das leis positivas de cada país, o *ius naturale* ou os Mandamentos de Deus atingem realidade política. No corpo político do governo totalitário, o lugar das leis positivas é tomado pelo terror total, que se destina a converter em realidade a lei do movimento da história ou da natureza. Do mesmo modo como as leis positivas, embora definam transgressões, são independentes destas - a ausência de crimes numa sociedade não torna as leis supérfluas, mas, pelo contrário, significa o mais perfeito domínio da lei - também o terror no governo totalitário deixa de ser um meio para suprimir a oposição, embora ainda seja usado para tais fins. O terror torna-se total quando independe de toda oposição; reina supremo quando ninguém mais lhe barra o caminho. Se a legalidade é a essência do governo não tirânico e a ilegalidade é a essência da tirania, então o terror é a essência do domínio totalitário" (ARENDT, 1989, p. 516-517).

4 SISTEMAS JURÍDICOS E DIREITO CIENTÍFICO: A CONTRIBUIÇÃO DAS TEORIAS POSITIVISTAS E NÃO-POSITIVISTAS PARA O ESTUDO DO DIREITO

Na abordagem sobre os sistemas jurídicos e a ideia de um direito científico, sabe-se que o direito pode ser entendido como um sistema normativo, um sistema institucionalizado e um sistema coercitivo, tendo estas três características mais gerais e importantes. Embora Hans Kelsen tenha sido o primeiro a lidar explícita e minuciosamente com o conceito de direito, já está implícito que a ideia de sistema jurídico significa o desabrochar de uma unidade numa diversidade, que desse modo se reconhece como algo coeso do ponto de vista do sentido. Em verdade, toda teoria dos sistemas jurídicos deve ser compatível com uma explicação dessas características:

> É *normativo* porque serve e deve servir como orientação para o comportamento humano. É *institucionalizado* porque sua aplicação e modificação são, em larga medida, executadas ou reguladas por instituições. E é *coercitivo* na medida em que a obediência a ele, e sua aplicação, são garantidas internamente, em última instância, pelo uso da força. (RAZ, 2012, p. 4).

No entanto, de acordo com Eduardo Cabral Moraes Monteiro (2014), essa unidade que o sistema jurídico há de exprimir pode pensar de várias maneiras diferentes e alcançar, por conseguinte, caminhos diferentes. Nesse sentido, a forma há de ser sistemática, que não é unívoca e antes de tudo depende da própria ideia de direito que se adote. Porém, o conteúdo é considerado a partir do momento em que se reconheça como insuficiente a postura meramente formal da ciência jurídica, o que conduz à necessidade do “estabelecimento de conexões de sentido entre o direito positivo, direito natural e os enunciados da ciência jurídica, ainda com a consideração das situações concretas reguladas e do fim da regulação” (MONTEIRO, 2014, p. 4-10).

No tocante a isso, é preciso reconhecer que o termo sistema é um equívoco, ou seja, apresenta várias concepções nas mais diversas áreas do conhecimento em que é usado. Portanto, não é noção exclusiva da ciência jurídica, tendo tanto na filosofia quanto na lógica muitas concepções, como também em algumas ciências exatas. Nesse aspecto, pode-se atribuir a origem etimológica do termo ao grego *systema*. A principal ideia que se pode reconhecer enquanto significado é oferecida

pela noção de “composto e construído” (FERRAZ JÚNIOR, 1976, p. 9-10), dizendo respeito à ideia de “algo unificado” (SALDANHA, 1977, p. 238). Veja que a dificuldade na precisão do termo pode ser também exemplificada com simples consulta ao verbete sistema[54] no dicionário. Destarte, frente à dificuldade de precisar o conceito de sistema, para se compreender a ciência jurídica enquanto ciência sistemática é preciso identificar estes elementos comuns à noção geral de sistema, isto é, ordenação e unidade.

Dessa forma, a concepção da ciência jurídica enquanto ciência sistemática tem a função de “traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica” (CANARIS, 2002, p. 23), o que em termos mais concretos significa importante instrumental para possibilitar o desenvolver do conhecimento e da prática jurídica[55]. Como indicação do pensamento sistemático na ciência do direito, explica Claus Wilhelm Canaris que:

> A ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, o princípio da justiça e suas concretizações como a igualdade e a tendência para generalização. O valor supremo da segurança jurídica aponta na mesma direção. E todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto, um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras. Assim, o pensamento sistemático radica, de fato, imediatamente, na ideia de Direito (como conjunto dos valores jurídicos mais elevados). O papel do conceito de sistema é, no entanto, o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. (CANARIS, 2002, p. 22-23).

Uma vez compreendida a ciência jurídica como dotada dos elementos de sistematicidade, inclusive reconhecendo a partir do pensar sistemático a própria função da ciência jurídica, é preciso neste momento fixar as bases das teorias que contribuíram para alargar o conhecimento dos sistemas jurídicos, que são as teorias positivistas e não-positivistas.

Num primeiro momento serão abordadas as teorias positivistas e seus principais expoentes, impondo reconhecer neste trabalho que há várias formas de se

---

[54] Conceito de sistema: “conjunto de elementos entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação. 2. Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada. 3. Plano, método. 4. Modo. 5. Costume”. (FERREIRA, 1999, p. 1865).

[55] Em sentido próximo: “pode-se dizer que a utilidade do conceito de sistema reside na possibilidade de este servir à ciência e à prática do direito, facilitando a aplicação dos seus princípios, conceitos e regras gerais, de modo a assegurar uma certa previsibilidade dos seus efeitos jurídicos, e na identificação das conexões estabelecidas entre normas”. (LAZZARO, 1969, p. 461).

tratar o fenômeno jurídico positivamente[56] e a concretização da proposta de um estudo científico do direito. De fato, há uma questão central na disputa sobre o positivismo jurídico, qual seja: há uma conexão necessária entre direito e moral? De acordo com Robert Alexy, "todas as teorias positivistas defendem a tese da separação" (ALEXY, 2014c, p. 242). Mas o que seria a tese da separação? Para os que defendem a tese da separação, o conceito de direito deve ser definido sem a inclusão de qualquer elemento moral, ou seja, restam a uma teoria positivista somente dois elementos definitórios: a legalidade autoritativa e a eficácia social. Nesse sentido, esclarece Ralf Dreier que "as inúmeras variantes do positivismo jurídico resultam de diferentes interpretações e atribuições de pesos a esses dois elementos" (DREIER, 1986, p. 890).

Nesse sentido, para que se possa entender melhor a "injustiça extrema" de Gustav Radbruch, torna-se necessário identificar se o argumento da injustiça pode ser relacionado a normas isoladas de um sistema jurídico ou a sistemas jurídicos como um todo. Desse modo, a absorção de elementos morais no conceito de direito por ele sugerida seria salutar para armar os juristas contras as provocações de um Estado injusto. Em contrapartida, é imprescindível analisar se a fórmula de Gustav Radbruch considera um sistema jurídico exclusivamente como um sistema de normas, e se existe uma conexão conceitualmente necessária ou uma conexão conceitualmente impossível.

4.1 A classificação das teorias jurídicas: positivismo e não-positivismo

No campo da filosofia do direito, um dos assuntos mais complexos de toda a evolução histórica é o que concerne às relações possíveis entre positivismo e não-positivismo. A despeito da classificação das teorias jurídicas, é possível detectar, ao longo da história do pensamento jurídico, muitas versões bastante divergentes entre si tanto dentro do positivismo jurídico, como dentro do não-positivismo, dependendo

[56] Não se pode olvidar, conforme Hilton Japiassú e Danilo Marcondes, que em um sentido amplo: "o termo positivismo designa várias doutrinas filosóficas do século XIX, como as de Stuart Mill, Spencer, Mach e outros, que se caracterizam pela valorização de um método empirista e quantitativo, pela defesa da experiência sensível como fonte principal do conhecimento, pela hostilidade em relação ao idealismo e pela consideração das ciências empírico-formais como paradigmas de cientificidade e modelos para as demais ciências. Contemporaneamente, muitas doutrinas filosóficas e científicas são consideradas 'positivistas' por possuírem algumas destas características, tendo este termo adquirido uma conotação negativa nesta aplicação" (JAPIASSÚ; MARCONDES, 1996, p. 217).

das distinções e dos elementos que se adotem para a definição do conceito de direito (SOUSA, 2011, p. 299). É preciso verificar que dada a dificuldade em se traçar uma distinção precisa entre o positivismo e o não-positivismo e, assim, entre as possíveis relações entre direito e moral, qualquer análise detida do tema exigiria muito mais daquilo que será proposto neste trabalho.

Em linhas gerais, como explica Alexandre Travessoni Gomes (2004), o nascimento da dogmática jurídica e, de certa maneira, do positivismo jurídico em sentido amplo dá-se com a Escola dos Glosadores, que surgiu no século XI, em Bolonha. Todavia, os Glosadores desempenharam papel decisivo no surgimento da ciência jurídica e no fenômeno do renascimento do direito romano. Inclusive, dedicaram-se ao estudo do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, tomando-o como verdadeira Bíblia do direito. Neste prisma, a própria denominação com que a Escola de Bolonha ficou conhecida (Glosadores) decorre da principal técnica que empregavam no trabalho de estudo do *Corpus*: a glosa[57]. Por seu turno, os Glosadores partem do princípio dogmático de que direito é aquilo que está no *Corpus*.

Não obstante, veja-se que a importância dos Glosadores é dupla: a uma porque, propiciaram o renascimento do direito romano na Europa, e a duas, porque fundaram as bases dogmáticas da ciência jurídica, que mais tarde se repetiriam e se desenvolveriam com a Escola da Exegese. Contudo, a postura adotada foi a da autoridade do legislador, não se dedicando a quaisquer investigações filosóficas, partindo do primado do direito posto. É por isso, e só nesse sentido, que podem ser considerados positivistas: porque se dedicaram ao estudo do direito positivo. Ademais, no que se refere às características do positivismo jurídico, esclarece Alexandre Travessoni Gomes que:

> O Positivismo Jurídico recusa qualquer tipo de especulação metafísica, negando, portanto, a existência de um ordenamento posterior. Por essa razão, muitos afirmam ser o método empírico sua característica marcante. Se no dualismo jusnaturalista o direito posto só era direito à medida que concordasse com o direito natural, alguns positivistas chegaram a afirmar que só é justo aquilo que estiver no ordenamento positivo. (GOMES, 2004,

[57] No início, as glosas eram anotações feitas no corpo do texto, para esclarecer o sentido de termos obscuros. Com o passar do tempo, tornaram-se verdadeiras interpretações do texto do *Corpus*. Além da glosa, podem ser identificadas, nos Glosadores, algumas técnicas presentes na moderna ciência do direito. Sobre os Glosadores e suas técnicas, conferir em Adriano Cavanna. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico. Milano: Giuffré*, 1982, p. 105. Interessa-nos, particularmente, para este trabalho, a postura dogmática que adotaram, no qual influenciou decisivamente na formação da ciência jurídica moderna. (GOMES, 2004, p. 165).

p. 162).

Por outro lado, em outra vertente de pensamento, como ensina Norberto Bobbio (1995), o positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Assim, considera Norberto Bobbio que o positivismo jurídico pode ser exposto da seguinte forma:

> [...] o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando "direito positivo" e "direito natural" não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria de direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo "positivo" ao termo "direito" torna-se um pleonasmo mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, o *positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo*. (BOBBIO, 1995, p. 26).

Por essas e outras razões, revela-se também imprescindível recuperar a "Teoria Pura do Direito" de Hans Kelsen, para quem o estudo do positivismo jurídico exige a compreensão do objetivo primordial buscado por esse autor, assim como das condições filosóficas que embasaram suas reflexões. Nesse sentido, por positivismo jurídico, Hans Kelsen compreende que:

> A conduta humana é regulada positivamente por um ordenamento positivo, desde logo, quando a um indivíduo é prescrita a realização ou a omissão de um determinado ato. (Quando é prescrita a omissão de um ato, esse ato é proibido.) Ser a conduta de um indivíduo prescrita por uma norma objetivamente válida é equivalente a ser esse indivíduo obrigado a essa conduta. Se o indivíduo se conduz tal como a norma prescreve, cumpre a sua obrigação, observa a norma; com a conduta oposta, "viola" a norma, ou, o que vale o mesmo, a sua obrigação. A conduta humana é ainda regulada num sentido positivo quando a um indivíduo é conferido, pelo ordenamento normativo, o poder ou competência para produzir, através de uma determinada atuação, determinadas consequências pelo mesmo ordenamento normadas, especialmente - se o ordenamento regula a sua própria criação - para produzir normas ou para intervir na produção de normas. (KELSEN, 2006, p. 16-17).

De acordo com esse entendimento, não é válida a norma obedecida na prática, mas a norma que juridicamente deve ser obedecida (ainda que não o seja). Por sua vez, é possível sublinhar que o ordenamento jurídico consiste em um agregado unitário e sistemático de normas, não em uma concatenação de fatos que, ao final repousam sobre o poder. Inclusive, é necessário acrescentar que o

positivismo jurídico em Hans Kelsen é, em geral, um sistema de regras e para regras.

Pois bem, enquanto o positivismo jurídico funda-se na observação de que a validade do direito depende de sua correta formulação pelo Estado, que cria as normas jurídicas, no que concerne ao não-positivismo, este alicerça que os argumentos morais que são indispensáveis para dar uma resposta bem fundada às questões jurídicas se incorporam necessariamente ao direito. Nessa perspectiva, na visão de Robert Alexy, quem identifica o direito com a lei escrita, ou seja, quem defende a tese do positivismo jurídico deve afirmar que, nos casos duvidosos, a decisão deve ser determinada por fatores extrajurídicos. Por outro lado, totalmente diversa é a compreensão do não-positivista, ao passo que, como não identifica o direito com a lei, para ele, a decisão também pode ser determinada pelo direito, se a lei não estipular de modo coercitivo. De fato, as distintas concepções a respeito do que é o direito não levam necessariamente a resultados distintos, mas podem levar.

Pois bem, diante da reconstrução dos pontos mais relevantes para uma compreensão clara dos mais recentes escritos sobre o conceito de direito, Robert Alexy esclarece que o positivismo pode ser classificado em *exclusivo* e *inclusivo*; e o não-positivismo em *exclusivo, inclusivo* e *superinclusivo.* Em um intento de síntese, através deste marco classificatório, é possível entender quais são as principais ideias que Robert Alexy expõe acerca da filosofia do direito, da metateoria do direito e do conceito e natureza do direito. Para ele, o positivismo *exclusivo* e o positivismo *inclusivo* são duas significativas divisões do positivismo que estão relacionadas ao debate entre direito e moral.

Verifica-se, pois, que o positivismo *exclusivo* expressa o oposto do que expressa o não-positivismo, onde é possível verificar que a moral é, necessariamente, incluída no conceito de direito. Já o positivismo *inclusivo* tem como uns de seus principais defensores Jules L. Coleman e H. L. A. Hart, e afirma que a moral não é nem necessariamente excluída e nem necessariamente incluída, ou seja, rejeita tanto o positivismo *exclusivo* quanto o não-positivismo. Com efeito, o não-positivismo apresenta dentro dele próprio diferenças tão significativas quanto as diferenças apresentadas dentro do próprio positivismo. Nesse sentido, todas estas vertentes de positivismo e não-positivismo são fundamentais para o debate acerca da natureza do direito. Contudo, Robert Alexy considera ainda que:

> As diferenças dentro do não-positivismo que são relevantes aqui derivam dos diferentes efeitos sobre a validade jurídica que podem ser atribuídos a defeitos morais. O não-positivismo pode determinar o efeito sobre a validade jurídica que decorre de defeitos morais ou deméritos de três maneiras diferentes. Pode ser o caso que a validade jurídica se perde em todos os casos, ou pode ser o caso que a validade jurídica se perde em alguns casos e em outros não, ou, finalmente, pode ser o caso que a validade jurídica de nenhuma maneira é afetada. (ALEXY, 2012, p. 5).

No que se refere às três formas de não-positivismo (*exclusivo, inclusivo* e *superinclusivo)*, o primeiro caso é a versão considerada mais radical do não-positivismo. Destarte, esta versão denominada de não-positivismo e*xclusiv*o determina que devem ser considerados todos os defeitos morais, todas as injustiças e os lucros de validade jurídicas. Inclusive, o conceito clássico que caracteriza esta versão é o seguinte: "o direito não é apenas o que me parece ser um direito" (ALEXY, 2012, p. 5). Como expõe Robert Alexy (2012), o não-positivismo *exclusivo* defende a ideia que toda falha moral é tida como excludente dos fatos sociais a partir das fontes de validade jurídica.

Por conseguinte, explica Robert Alexy (2012) que esta versão do não-positivismo *exclusivo*, dá pouquíssimo peso à dimensão factual do direito. Além do mais, a presente natureza controversa de diversas questões morais faz com que o ataque de Hans Kelsen contra o não-positivismo torne-se um ataque bem sucedido ao não-positivismo *exclusivo*. Porém, Robert Alexy faz uma ressalva ao ataque de Hans Kelsen. Para ele, o ataque de Hans Kelsen ao não-positivismo resultou como um ataque bem sucedido apenas no que se refere ao não-positivismo *exclusivo*, no entanto, Robert Alexy acrescenta, refutar o não-positivismo *exclusivo* não é, de maneira nenhuma, refutar o não-positivismo, pois, existem formas de não-positivismo que suportam o argumento do relativismo.

Como bem observa Robert Alexy (2012), o não-positivismo *superinclusivo* é considerado a contrapartida radical do não-positivismo *exclusivo*. Por este motivo, o não-positivismo *superinclusivo* sustenta que os defeitos morais de maneira alguma afetam a validade jurídica. Aliás, essa característica faz com que haja, à primeira vista, uma semelhança com o positivismo, porém, esta semelhança torna-se equivocada ao notar-se que existem dois tipos de conexão entre direito e moral: uma conexão de classificação e uma conexão de qualificação (ALEXY, 2002, p. 26). Contudo, ambos os tipos de conexão diferenciam-se um do outro através das consequências dos defeitos morais. Assim, a consequência dos defeitos morais em

uma conexão de classificação é a perda da validade jurídica ou do caráter legal. Já a consequência dos defeitos morais em uma conexão de qualificação, não traz como resultado a ruína da validade jurídica ou do caráter legal.

Por outro viés, o não-positivismo *exclusivo* foi descartado pelo fato de não dar peso suficiente à dimensão factual ou real do direito. Contudo, não dando peso suficiente à dimensão factual ou real do direito, o não-positivismo *exclusivo* não dá peso suficiente ao princípio da segurança jurídica. Inclusive, isso se deve ao fato de o não-positivismo *exclusivo* afirmar que os defeitos morais enfraquecem a validade jurídica em todos os casos. E nesse sentido, vistos os fatores os quais levaram o não-positivismo *exclusivo* a ser descartado, agora, então, é preciso verificar também os motivos pelos quais o não-positivismo *superinclusivo* foi indeferido (PEREIRA, 2014). Na verdade, o não-positivismo *superinclusivo* defende que a validade jurídica não é afetada pelos defeitos morais, e isso faz com que este tipo específico não dê peso suficiente à dimensão ideal do direito, ou seja, ao princípio da justiça.

De outra parte, Robert Alexy enaltece que há apenas um tipo de não-positivismo que possui um equilíbrio onde tanto a dimensão real quanto a dimensão ideal recebem um peso adequado (este é o não-positivismo *inclusivo)*. A dialógica é no sentido de que o não-positivismo *inclusivo* dá um peso adequado tanto para o princípio da segurança jurídica quanto para o princípio da justiça. Além disso, o não-positivismo *inclusivo* considera que não é sempre que os defeitos morais afetam a validade jurídica (PEREIRA, 2014). Por tal motivo, tendo em vista a fórmula de Gustav Radbruch, Robert Alexy declara que o não-positivismo *inclusivo* “sustenta que os defeitos morais minam a validade jurídica se e somente se o limiar de extrema injustiça é transgredido. Injustiça abaixo desse liminar está incluída no conceito de direito como direito defeituoso, mas válido" (ALEXY, 2012, p. 6).

É inegável afirmar, embasado em Robert Alexy, que o argumento do relativismo é um grande desafio para o não-positivismo *inclusivo*, sendo o único tipo de não-positivismo defensável. Entretanto, se não existissem elementos morais necessários, como, os direitos humanos e os princípios universais de justiça, o não-positivismo entraria em colapso por seu próprio peso, pois, não existindo estes elementos morais necessários, então, não se poderia dizer que a “extrema injustiça” existe (PEREIRA, 2014). Por seu turno, a existência pressupõe uma objetividade e, elementos morais são objetivos apenas se forem necessários. A esse respeito, esclarece Robert Alexy que:

> Se nenhuma “extrema injustiça” existisse, a fórmula de Radbruch não seria nada mais do que um empoderamento para aqueles que decidem sobre a validade do direito para declará-lo, quando de sua escolha, emitido devidamente e normas socialmente eficientes, para serem válidas, não corresponderiam a ideias morais, preferências ou ideologias, factualmente realizadas. A fórmula de Radbruch não só perderia o seu sentido, ainda pior, ela passaria a ser subjetiva e com poder envolto sob uma máscara de objetividade e racionalidade. (ALEXY, 2012, p. 7).

De alguma forma, a tese que afirma a existência de elementos morais necessários é denominada tese da existência. No entanto, a verdade do não-positivismo depende diretamente da verdade da tese da existência. Claro está, porém, que a veracidade da tese da existência é uma condição necessária para o não-positivismo e esta, implica a proposição de que a negação da tese da existência é uma condição suficiente para afirmar a verdade do positivismo. Com isso, no presente contexto, o único ponto importante é que a verdade da tese da existência, enquanto condição necessária da verdade do não-positivismo, seria suficiente à possibilidade do não-positivismo. Aliás, isso por si só, faz com que seja evidente que o problema da existência é um dos principais problemas do não-positivismo (PEREIRA, 2014).

De acordo com o que foi exposto, é interessante ressaltar, que para Robert Alexy o direito possui uma natureza dual (real e ideal) que conjuga coerção com correção, e o positivismo jurídico não seria capaz de apreender essa segunda faceta do direito, pois somente uma visão compreensiva seria capaz de fazê-lo. Todavia, Robert Alexy inicia a defesa de sua teoria a partir da relação existente entre o problema do positivismo e o problema de existência e, por haver uma série de teorias diferentes acerca da relação estabelecida entre moral e direito, alguns esclarecimentos com relação ao conceito de positivismo e não-positivismo se fazem necessários. Nesse sentido, a conclusão de Robert Alexy é categórica:

> A tese da natureza dualista [...] expressa que o direito necessariamente implica duas dimensões: uma dimensão real ou fática e uma dimensão ideal ou crítica. A tese da natureza dualista é incompatível com o positivismo - exclusivo e inclusivo - e com algumas versões radicais do não-positivismo. Alexy sustenta que a tese da natureza dualista é incompatível tanto com o positivismo jurídico exclusivo como com o positivismo jurídico inclusivo. No mesmo sentido, esta tese é incompatível com algumas variantes do não-positivismo, de acordo com as quais ou a validade jurídica é perdida em todos os casos em que existe um defeito ou um demérito moral (não-positivismo jurídico exclusivo), ou dita validade não se deixa afetar de nenhuma maneira em função dos defeitos ou deméritos morais (a forma mais extrema de não-positivismo jurídico inclusivo). De acordo com Alexy, o

> positivismo jurídico exclusivo, segundo o qual está excluída toda possibilidade de incorporar argumentos morais ao direito, pois os argumentos morais são razões não autoritativas e o direito somente compreende razões autoritativas, afasta a existência de uma dimensão ideal ou crítica no direito e, por isso, é incompatível com a tese da natureza dualista do direito. Também o positivismo jurídico inclusivo resulta incompatível com esta tese. Segundo o positivismo jurídico inclusivo, a incorporação de tais argumentos não é necessária, mas apenas possível. O positivismo jurídico inclusivo resulta incompatível com a tese da natureza dualista, pois implicaria que não seria necessário, mas apenas possível, que o direito tivesse uma dimensão ideal ou crítica vinculada à correção. Por sua parte, de acordo com o não-positivismo, os argumentos morais que são indispensáveis para dar uma resposta bem fundamentada às questões jurídicas se incorporam necessariamente ao direito. Em princípio, o não-positivismo resulta compatível com a tese da natureza dualista. Sem embargo, não são compatíveis com esta tese algumas variações do não-positivismo que afastam a existência da dimensão fática ou real do direito. O não-positivismo exclusivo sustenta que os defeitos morais sempre têm como efeito a perda da validade jurídica. Esta versão do não-positivismo é incompatível com a tese da natureza dualista porque submete por completo a dimensão fática ou real do direito à dimensão ideal ou crítica, de tal maneira que permite que esta afaste aquela por completo. Por sua parte, o não-positivismo superinclusivo, que Alexy exemplifica ao aludir à teoria de Kant, sustenta que, apesar de existir uma conexão conceitual necessária entre direito e moral, os defeitos morais nunca repercutem na perda da validade jurídica. Diferentemente do não-positivismo exclusivo, esta versão do não-positivismo admite concessões injustificadas em favor da dimensão fática ou real do direito e contra a dimensão critica ou ideal. Alexy sustenta que sua concepção do não-positivismo, que aceita a fórmula de Radbruch, de acordo com a qual apenas quando o direito é extremamente injusto ele perde validade, resulta sim compatível com a tese da natureza dualista do direito. (ALEXY, 2014a, p. 15-16).

Diante de tais abordagens, a partir do breve panorama traçado aqui sobre a classificação das teorias jurídicas, o que se pode concluir é que aquilo que algumas vezes se marca como uma dicotomia de duas posições divergentes e inconciliáveis entre positivismo e não-positivismo, na verdade, não chega a ser sequer uma dicotomia interessante de ser sustentada (SOUSA, 2011, p. 322-323). Porém, mais importante do que classificar uma ou outra posição de positivista ou de não-positivista é atentar para a plausibilidade de cada um dos argumentos que são dispostos contra e em favor de uma posição e outra. Todavia, somente assim é possível dizer algo não-trivial sobre as propriedades essenciais e necessárias do direito ou, o que é o mesmo, possibilitando conhecer algo sobre a sua natureza enquanto direito (SOUSA, 2011, p. 322-323).

4.2 O positivismo jurídico na visão de alguns doutrinadores do direito: um sentido claro para o discurso jurídico

Do ponto de vista de um observador, cumpre aqui esclarecer o significado, o objetivo e os principais elementos que compõem a função do direito positivo dentro do contexto de uma sistemática jurídica. Para que se possa avançar na análise do tema proposto, é preciso que se tenha uma visão mais clara e fácil dos vários ramos doutrinários que compõem o *ius positivum*. Aos adeptos deste pensamento jurídico-filosófico (seja de maneira mais radical ou até mesmo de forma moderada), é assinalado que para o positivismo, as normas gerais são princípios positivados, isto é, resguardados em determinado texto legal. Um exemplo claro disso é a própria Constituição, uma vez que mantém em seu âmago uma plúride de princípios tais como: igualdade, liberdade, segurança jurídica, ampla defesa, contraditório, devido processo legal, dentre vários outros.

A rigor, todo jusfilósofo que se filia ao pensamento positivista depara-se constantemente com as seguintes indagações: Quando aplicar determinado princípio? Em caso de colisão principiológica, há hierarquia entre tais princípios? O critério de validade da norma jurídica deve vincular-se a preceitos morais? Até que ponto os destinatários devem obedecer às normas instituídas pelos governantes? Muitas destas indagações parecem simples, porém, no caso concreto, revelam-se de grande complexidade. Ressalte-se, contudo, que ao refletir sobre esses questionamentos, é prudente levar a cabo a justiça, a moral e a equidade. Não obstante, é crucial também a análise ética do problema, pois tal assertiva é devida pelo fato de que juízos que por vezes desconsideraram de forma plena ou parcial esses aspectos acabaram, em épocas passadas, sendo deturpados por políticos ambiciosos, que em consequência, embasaram regimes autoritários, a exemplo do Estado nazista.

Como corolário, não se intenta aqui sustentar que o positivismo seja uma vertente inviável. Pelo contrário, são inegáveis as contribuições ao direito e à sociedade propiciadas por este. Nesse sentido, o que será demonstrado em momento oportuno é que o direito positivo apartado da moral torna-se falho pelo fato de ser passível de “injustiças extremas”. Com base nesse raciocínio, encontra-se o conceito de direito positivo como uma espécie de reação ao direito natural. Trata-se, primeiramente de uma consequência de um critério de organização social que, no intuito de abandonar a “justiça privada” (fazer “justiça” com as próprias mãos) foram estabelecidos órgãos estatais legítimos com respectivas atribuições, inclusive a de elaborar leis e também de aplicá-las.

O direito positivo é uma *conditio sine qua non* (condição sem a qual não) de qualquer sociedade onde seus indivíduos almejem conviver, ou ao menos tentam conviver, de forma pacífica e ordenada. Vale ressaltar, que o Estado através de suas instituições políticas chama para si o dever de legislar e de aplicar as respectivas leis no intuito de pacificar ou pelo menos tentar pacificar as inevitáveis contendas. Desta forma, o direito positivo, no sentido de norma jurídica, é posto pelo Estado e para o Estado, uma vez que os cidadãos ou destinatários também compõem o Estado e, os governantes também se submetem à legalidade. Trata-se, pois, do direito escrito, legislado, codificado que, necessariamente deve originar de órgãos legítimos, isto é, o Legislativo.

Cumpre ainda salientar, que o direito positivo ou normas jurídicas vigem em determinada sociedade onde foram engendrados, por isso possuem como característica a espacialidade, ou seja, vigoram em determinado território. Contudo, é também temporal por reger-se pela própria legalidade. Registre, ainda, que nenhuma lei é permanente e nem poderia ser, mas pode e deve ser modificada com o passar dos anos. Tal modificação ocorre através da própria lei, isto é, a lei posterior tem o poder de revogar a lei anterior. Somente lei revoga outra lei (*lex posterior derogat priori*).

Pois bem, inúmeros são os conceitos de direito positivo que a razão humana pode se inspirar, motivo pelo qual existem várias linhas de raciocínio dentro do positivismo jurídico. É o que constata-se na definição de Gregório Peces-Barba, para quem o direito positivo é:

> [...] *una técnica de organización de las conductas humanas que pretende conseguir sus objetivos a través del estabelecimiento de determinados modelos o patrones de conducta, expresados a través de normas. Pero esas normas, las normas jurídicas, no existen aisladas e independientes. Al contrario, se agrupan en lo que denominamos de ordenamiento jurídico. Por eso podemos afirmar que el Derecho, además de tener naturaleza normativa, constituye un sistema de normas. En el interior dicho sistema se incluyen, entre otras, normas de conducta, normas que regulan los criterios o procedimientos que se han de seguir a la hora de producir normas de conducta, normas que establecen de qué manera y en qué sentido se debe reaccionar frente a los incumplimientos de normas, imponiendo en su caso sanciones. Por otra parte, también señalar aquí que ese sistema normativo que es el Derecho constituye un conjunto del que se predican determinadas características, como son la unidad, la coherencia y la plenitud.* (PECES-BARBA, 1999, p. 23).

Na mesma esteira, não diverge a definição de André Franco Montoro, onde o direito positivo consiste num “conjunto de normas elaboradas por uma sociedade

determinada, para reger sua vida interna, com a proteção da força social" (MONTORO, 2000, p. 34). Numa linha de pensamento moderada e sábia, destaca-se Robert Alexy definindo e caracterizando o *ius positivum* como um sistema de normas que ergue uma "pretensão de justeza ao qual pertencem princípios e os demais argumentos normativos em que se apoia, ou ao menos deveria se apoiar, o processo de pretensão do direito para cumprir a própria pretensão de justeza" (ALEXY, 2004a, p. 81-85).

Destarte, o direito no sentido de norma jurídica pode ser definido como um imperativo ou juízo de dever ser, que possui como fundamento determinada carga axiológica, e que ordena, proíbe ou permite determinada conduta. Trata-se, pois, de um imperativo ou modelo de comportamento imposto pelo homem e para o homem que, em hipótese de inobservância, a própria norma prevê uma consequência proporcional ao respectivo descumprimento.

Como bem sinalizado, as normas jurídicas são dispostas pelo homem e para o homem no intuito de corrigir suas próprias imperfeições. Logo, o direito é um fenômeno racional e social. Diz-se racional, pois somente ocorre entre os seres racionais capazes de agir conforme seu próprio entendimento. Diz-se também social, pois, os próprios seres racionais, isto é, os seres humanos, vivem em sociedade. Em razão disso, é impossível a sobrevivência de maneira isolada e independente, pois o ser humano é necessariamente um ser social e sociável, sendo a sua sobrevivência dependente desta. Na verdade, o direito atua como um remédio e atua no organismo humano combatendo determinada patologia. Justamente por isso, o direito regula os diversos interesses humanos seja no sentido de garantia de direitos, seja no sentido sancionador para a manutenção da paz social.

Corroborando com o posicionamento aqui vertido, salienta Hermes Lima que "o direito origina-se da sociedade e pela sociedade" (LIMA, 1964, p. 41-48). No mesmo sentido, afirma Henri Lévy-Bruhl que "o direito é um fenômeno social por excelência" (LÉVY-BRUHL, 1964, p. 23). Por outro lado, Giorgio Del Vecchio elucida que:

> Qualquer aglomerado social supõe, necessariamente, a forma do Direito. Donde se segue que qualquer sociedade tem, por definição, um direito privativo, o qual também é positivo na medida em que historicamente afirmado e atuado, como expressão e efeito duma força social preponderante [...]. (DEL VECCHIO, 1979, p. 575-576).

Ora, a força social preponderante a qual Giorgio Del Vecchio refere-se são os órgãos legítimos para elaborar, aplicar e fiscalizar a aplicação das normas jurídicas, isto é, do direito positivo. Dessa forma, o direito enquanto sistema de normas jurídicas pressupõe a existência de um Estado, uma vez que emana do próprio Estado a função de criar e aplicar tais normas. Nesse sentido, o direito visa regular a própria atuação estatal no intuito de evitar abusos e "injustiças extremas" para com os cidadãos. Note-se, todavia, que direito e Estado não se confundem, enquanto o primeiro é um conjunto de normas jurídicas vigentes em determinado território o outro é a união de três elementos: povo, território e finalidade. Entretanto, direito e Estado possuem uma íntima relação de dependência como bem elucida Alexandre Groppali:

> A nosso aviso, não podem ocorrer entre o Estado e o direito senão relações de interdependência, porquanto ambos se pressupõem e influenciam reciprocamente: assim como não é concebível um estado que não revele seu poder de império pela expedição de normas cuja observância impõe até mesmo coativamente, assim também não é pensável um direito na plenitude de suas formas sem o apoio da força e da autoridade do Estado que o faz valer até mesmo *manu militari*, onde e quando não espontaneamente observado. Nem o direito é qualquer coisa que está por si mesmo, fora e acima do Estado, uma vez que ele representa o procedimento e a forma através dos quais o Estado se organiza e dá ordens; nem o Estado por outro lado, pode agir independente do direito, porque é através do direito que ele forma, manifesta e faz atuar a própria vontade. O Estado é órgão do direito, assim como o direito representa a função específica do Estado, e entre eles, consequentemente, ocorrem as mesmas relações que normalmente ocorrem entre órgão e função, isto é, relações de correlação e compenetração. (GROPALLI, 1962, p. 168).

Corroborando com o pensamento supracitado, Francesco Carnelutti propala ainda que:

> Se a sociedade se chama Estado na medida em que produz direito, pode-se dizer que o Estado é fonte de direito, desde que se entenda por Estado apenas a sociedade, do mesmo modo que se diz que a mãe dá à luz ao filho, querendo referir-nos exatamente à mulher que, por tê-lo dado à luz, se torna mãe. Mas pode-se dizer também que o direito é fonte do Estado no sentido que atribui à sociedade à qualidade de Estado, do mesmo modo que, por dar à luz ao filho, a mulher torna-se mãe. (CARNELUTTI, 1999, p. 138).

Tecidas as breves considerações acerca do conceito, objetivo e alguns dos principais elementos que norteiam o direito positivo, tona-se relevante salientar (antes de adentrar nos principais autores que capitaneiam o juspositivismo) que todos os juspositivistas, sejam eles radicais como Hans Kelsen ou Joseph Raz, quer

sejam moderados como Norberto Bobbio ou Miguel Reale, são unânimes no que tange ao critério de generalidade da norma jurídica.

Por sua vez, vale referendar, que para os juspositivistas há normas mais gerais e outras menos gerais, há normas mais específicas e outras menos específicas, há normas de textura aberta e outras que não possuem textura aberta. Seja qual for a nomenclatura empregada, todos os juspositivistas admitem que há normas que permitem um grau maior de interpretação do que outras que são mais taxativas ou específicas. Este ponto torna-se extremamente importante, pois, surgem diversas vertentes que, embora sejam positivistas, divergem entre si no tocante a diversos critérios como a validade formal e material do direito positivo, a interpretação das normas jurídicas e consequentemente na aplicação de tais dispositivos legais.

Como corolário, por opção metodológica, elencou-se aqui quatro dos grandes principais autores juspositivistas desde o início deste movimento, quais sejam: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, H. L. A. Hart e Joseph Raz. Nesse sentido, em razão da contribuição de cada um dos autores no contexto histórico, foram ressaltadas suas respectivas Escolas, suas notáveis características e a importância atribuída por cada um a atual sistemática jurídica.

4.2.1 Hans Kelsen

No contexto das reflexões sobre a “Teoria Pura do Direito”, o positivismo normativo proposto por Hans Kelsen pode ser classificado como não exclusivo. Em melhor desdobramento, é sustentar que a tese kelseniana não admite conexão necessária entre direito e moral, porém admite conexão contingente. A respeito desta classificação, convém trazer a lume os ensinamentos de Robert Alexy, para quem:

> No âmbito do positivismo, a distinção entre o positivismo exclusivo e inclusivo é a divisão mais importante em relação à lei e a moralidade em causa. Positivismo exclusivo, defendido proeminentemente por Joseph Raz, que sustenta que a moral é, necessariamente, excluída do conceito de direito (Raz 1979, 47). O positivismo exclusivo está em uma relação de contrariedade ao não-positivismo, que afirma que a moral é, necessariamente, incluída no conceito de direito, isto é, não necessariamente excluídos dele mesmo. Positivismo inclusivo, como defendeu, por exemplo, Jules Coleman, conta como a rejeição de ambos os positivismos, exclusivo e não-positivismo. Ele diz que a moralidade não é nem necessariamente excluída, nem necessariamente incluída. A inclusão é

> declarada ser uma questão contingente ou convencional (Coleman 1996, 316) de ligar o que o direito positivo de fato diz. O não-positivismo, argumenta não só a moral que não é necessariamente excluída, mas também que ela é necessariamente incluída, é contrário a ambas as formas de positivismo[58]. (ALEXY, 2008, p. 285-286).

Sob esta perspectiva, impõe-se tecer breves considerações acerca desta vertente doutrinária. Pois bem, o normativismo jurídico de Hans Kelsen é uma corrente que, vindo do kantismo, sofrendo a influência do cienticismo, rege a penetração da moral, da política, da economia, da sociologia e da psicologia na ciência jurídica. Esta, por seu turno, deveria encarar o seu objeto com "Pureza Metódica", como ela é, e não como deveria ser. Hans Kelsen, criador desse movimento, e a Escola de Viena, por ele fundada, pretendem que sejam afastados os elementos "metajurídicos" e tudo o que não for jurídico do seu "objeto", até ficar reduzido à pura norma.

A norma - sob a perspectiva kelseniana - em estado de repouso, como sistema estabelecido, ou em seu movimento, na série de atos que compõem a sua criação e aplicação, seria o único objeto da ciência jurídica. A norma na concepção de Hans Kelsen somente poderia ser conhecida através de uma operação puramente lógica. Nesse ponto, verifica-se a notável contribuição de Hans Kelsen ao sustentar a obrigatoriedade normativa, isto é, a norma enquanto juízo de dever ser intencionalmente dirigido a outrem e que encerra em seu bojo um sentido de mando, de coerção. Esta, sem dúvidas, é a maior contribuição do mestre de Viena, por outro lado, a interpretação da norma por si só torna-se inviável pelo simples fato de que a sua aplicação esquivaria, por diversas vezes, da função precípua do direito que é a efetivação da justiça.

Ademais, Hans Kelsen pretende, com sua "Teoria Pura do Direito", elaborar uma teoria do Direito Positivo valendo-se do caráter formal, delimitando a sua

---

[58] Sobre esta nota característica, conferir em Robert Alexy, "*On the concept and the nature of law*": "*Within positivism, the distinction between exclusive and inclusive positivism is the most important division where the relation between law and morality is concerned. Exclusive positivism, as advocated most prominently by Joseph Raz, maintains that morality is necessarily excluded from the concept of law (Raz 1979, 47). Exclusive positivism stands in a relation of contrariety to non-positivism, which claims that morality is necessarily included in the concept of law, that is to say, necessarily not excluded there-from. Inclusive positivism, as defended, for instance, by Jules Coleman, counts as the rejection of both exclusive positivism and non-positivism. It says that morality is neither necessarily excluded nor necessarily included. The inclusion is declared to be a contingent or conventional matter (Coleman 1996, 316) turning on what the positive law in fact says. Non-positivism, in arguing not only that morality is not necessarily excluded, but also that it is necessarily included, is contrary to both forms of positivism*" (ALEXY, 2008, p. 285-286).

essência e conteúdo mediante a pureza metódica, isto é, empregando um método nomológico, de forma que seja eliminado do contexto jurídico elementos psicológicos e sociológicos, bem como considerações teleológicas de cunho ético, moral e político. A norma seria estudada como elemento puramente racional e lógico.

Daí porque, o direito positivo somente se exprime através de normas. Um conjunto ou um sistema de normas constitui a ordem jurídica. Esta, por conseguinte, possui uma unidade. Inclusive, Hans Kelsen sustenta que a unicidade de uma norma repousa na validez de uma única norma válida por si, isto é: a norma jurídica fundamental. Ainda assim, esclarece Hans Kelsen que “a norma jurídica fundamental é aquela cuja validade independe de outra norma” (KELSEN, 1995, p. 116), ou seja, é aquela cuja validade é pressupostamente válida como o último fundamento de validade de uma norma dentro de um sistema de normas válidas.

Na acepção kelseniana, o direito não possui compromisso com a verdade ou com a ausência da mesma, nem tão pouco com o fato de a norma ser boa ou má, mas apenas com o fato de a norma ser válida ou inválida. Sob esta ótica, há de se sustentar que no domínio do direito não há de indagar o conteúdo da norma. O direito pode ter qualquer conteúdo, pois, não há conduta humana que não possa se converter em objeto da norma jurídica. O vínculo entre as normas de uma ordem jurídica e a norma fundamental reside, apenas, na maneira de criar-se a norma. Assim, em uma ordem jurídica positiva, o direito é válido em virtude da Constituição. Entretanto, resta-nos saber: qual o fundamento de validade da Constituição?

Sob a perspectiva normativista, seria necessário remontar as constituições mais antigas, até chegar a um “usurpador” ou um “grupo qualquer de pessoas”. De forma que, o fundamento de validade do direito residirá numa hipótese que, permite à Ciência do Direito considerar o direito positivo como um sistema de normas válidas. Cabe salientar, que “hipótese” consiste em uma projeção jurídica engendrada por Hans Kelsen ao considerar que a norma jurídica é supostamente válida, e o estabelecimento da primeira Constituição e os atos realizados em conformidade com ela têm o significado de normas válidas.

Infere-se daí, a conclusão de que a essência do direito só se evidencia quando a regra do direito é violada. Por seu turno, a “Teoria Pura do Direito” dissipa a ilusão, de que, através do fato antijurídico, os homens “violam” ou “infringem” o direito. No antijurídico, confirma-se a existência do direito, que consiste em sua validade no dever ser do ato coativo, enquanto consequência jurídica. O que a

proposição jurídica enuncia cabal e corretamente é que: sob a condição da conduta contrária, há de acontecer um ato coativo como consequência.

Na verdade, o normativismo considerando o direito como um conjunto de normas válidas dotadas de coação, o reduz a unidade, dando-lhe fundamento e origem em uma "norma fundamental", podendo-se através de um ato jurídico ou de uma sentença judicial chegar à norma fundamental, através de uma estrutura escalonada de normas, em que uma serve de fundamento à outra. Nesta concepção, a validade de uma norma jurídica depende do fato de ela estar inserida dentro de uma ordem jurídica válida, e nada mais. Convém ressaltar também, que para Hans Kelsen, "a coação define o direito" (KELSEN, 1998b, p. 60). Por maiores que tenham sido as contribuições de Hans Kelsen ao direito positivo, não conseguiu ele, fugir ao "coativismo", característico das Escolas que negam o direito natural. Afinal, o que se extrai do seu sistema - de forma nítida, vasta, mas não suficiente - reside na lógica, imposta por ele antes à técnica que à Ciência do Direito.

E mais, a norma jurídica seria uma norma coativa, no sentido de uma norma que ordena a coação, e que, justamente por isso "se distingue de outras normas" (KELSEN, 1998b, p. 61). Neste ponto, a teoria de Hans Kelsen continua a tradição da teoria jurídica positivista do século XIX. Segundo esta teoria, a consequência jurídica, unida, na proposição jurídica, é o ato coativo estatal. Logo, havendo a redução à unidade, exclui-se a possibilidade de pluralismo jurídico. De tal modo, Hans Kelsen reconhece a existência de um direito (sistema), tão somente. Todo direito é estatal na medida em que se funda em uma norma fundamental e é recepcionada pelo Direito Internacional como válido.

Superadas tais constatações, conclui-se que o Estado nada mais é do que uma ordem jurídica, isto é, uma forma de direito. Como corolário, não existe distinção entre Estado de direito e Estado fora do direito, pois ambos se confundem. Contudo, Hans Kelsen e a Escola de Viena negam a diferença fundamental entre Direito Privado e Direito Público, pois, com a pureza metódica adveio o postulado da unidade do conhecimento científico-jurídico, desaparecendo o dualismo entre direito e Estado. Neste diapasão, a norma jurídica para o Mestre de Viena pode ser definida como um juízo de dever ser intencionalmente dirigido a outrem, e que, encerra em seu bojo um caráter de coação, isto é, a norma na visão kelseniana poderá ser representada na máxima: "*dura lex, sed lex et servanda est"* (a lei é rigorosa, mas é lei e deve ser cumprida) (KELSEN, 1998b, p. 25).

4.2.2 Norberto Bobbio

Considerado um dos grandes jusfilósofos da contemporaneidade, Norberto Bobbio propõe o estudo do direito positivo sob três aspectos: I. o método do estudo do direito; II. a teoria do direito e; III. a ideologia do direito. Tal como pontifica o jusfilósofo:

> Ora, sustentamos que para poder fazer um balanço do Positivismo Jurídico, para poder estabelecer aquilo que dele deve ser conservado e o que deve ser abandonado ou, como se diz habitualmente nas doutrinas, verificar o que está vivo e o que está morto, é necessário considerar esse movimento como um bloco monolítico, mas distinguir nele alguns aspectos fundamentais diferentes. [...] Podemos, portanto, distinguir três aspectos do positivismo jurídico como se figura: a) como método para o estudo do Direito; b) como teoria do Direito; c) como ideologia do Direito. (BOBBIO, 1995, p. 233-234).

E complementa Norberto Bobbio:

> Estas três distinções são importantes porque a primeira acepção do positivismo jurídico não implica na segunda, a primeira e a segunda não implicam na terceira. Com efeito, a assunção do método positivista não implica também na assunção juspositivista [...]. (BOBBIO, 1995, p. 234).

Naturalmente, o positivismo jurídico para Norberto Bobbio, como "método de estudo do direito" relaciona-se "ao modo como os positivistas delimitam o objeto de suas pesquisas e, por conseguinte, a função que atribuem a pesquisa que empreendem" (SGARBI, 2007, p. 715). Em outra vertente, o positivismo jurídico como "teoria do direito", por sua vez, "expressa um conjunto de formulações sobre a natureza do direito" (SGARBI, 2007, p. 715), segundo as quais o conceito de direito está vinculado a algumas características específicas: a coatividade; a imperatividade; a supremacia da lei sobre as outras fontes; o caráter da plenitude ou ausência de lacunas na lei e a interpretação mecanicista. Todavia, é preciso compreender que essa definição conceitual do direito se relaciona com a sua aplicação.

Por outro lado, o positivismo jurídico como "ideologia do direito", prega a obrigação moral de se obedecer ao direito positivo, qualquer que seja o seu conteúdo. Ora, essa corrente sustenta que as normas, desde que legais e formalmente válidas, têm força obrigatória. Isso significa que os juízes e sujeitos do

direito devem a elas se submeter, independentemente de seu conteúdo. Não obstante, segundo esse pensamento, o direito, pelo simples fato de ser positivo, deve ser obedecido incondicionalmente. A exemplo disso, os juízes devem assumir uma postura de neutralidade, se limitando a decidir de acordo com o direito vigente. Desse modo, “a lei pode ser injusta e opressiva, mas enquanto não for revogada, obriga e se impõe a todos” (LAMAS, 2015).

Porém, essa última posição é muito questionada na atualidade, diante dos eventuais conflitos que podem surgir quando o jurista se depara com uma norma considerada extremamente injusta. De acordo com Lívia Paula de Almeida Lamas:

> O positivismo jurídico é frequentemente definido como forma de pensar o direito que exclui os valores morais. No entanto, tal afirmativa é equivocada, pois de forma geral as leis apresentam, tácita ou explicitamente, alguma conformidade com a moral ou justiça. Um ordenamento jurídico somente pode existir quando a maioria de seus cidadãos acreditam que este lhes proporcionará condições de segurança, justiça, liberdade, etc. Logo, resta claro que existe uma relação de compatibilidade entre direito positivo e justiça. Com efeito, essa declaração produz um dos aspectos mais polêmicos da experiência jurídica: o conflito entre a justiça e a norma posta. Há situações em que é preciso agir racionalmente, sacrificando a justiça individual em nome da ordem jurídica. No entanto, algumas vezes o aplicador do direito se depara com casos de extrema injustiça e precisa decidir se a justiça deve ou não prevalecer sobre a segurança jurídica. O jurista que segue a linha da “versão forte” do positivismo ideológico, ao se postar frente a uma norma injusta ou inadequada aos interesses sociais, apenas verifica se esta é legal e formalmente válida. Mesmo que ele, em espírito, seja contrário ao conteúdo da lei, é obrigado a obedecê-la incondicionalmente. Essa aplicação incondicional da lei, que desconhece os ideais de justiça implícitos na própria norma, pode ocasionar sérios danos e até mesmo lesionar o próprio núcleo do direito. Já a versão fraca ou moderada do positivismo tem que os operadores jurídicos, ao se depararem com uma situação conflitante, em que a solução para o caso for considerada injusta, não podem negar a validade da norma, mas também não podem desprezar a vinculação necessária entre direito e justiça. De acordo com esse posicionamento, o direito é muito mais que a simples norma positivada, ele, visa à manutenção do bem comum. O positivista jurídico, ao se deparar com um caso em que a norma positivada é injusta, não deve ignorar os critérios morais e de justiça. Ele deve avaliá-los para efeito de determinar qual empregará. (LAMAS, 2015).

Conclui-se, portanto, que para Lívia Paula de Almeida Lamas (2015), a versão “fraca” ou “moderada” do positivismo é a mais adequada para se lidar com os eventuais problemas decorrentes entre a justiça e a aplicação da norma, pois há situações em que a “lei injusta” causa tamanho dano ao indivíduo que se deve permitir aos magistrados um maior grau de liberalidade para decidir, desde que, em conformidade com os valores éticos expressos no ordenamento jurídico.

Assim, para Norberto Bobbio, a afirmação absoluta de obedecer à lei encontra

sua explicação histórica no fato de que, “com a formação do Estado moderno, não só a lei se tornou a fonte única do direito, mas o direito estatal-legislativo se tornou o único ordenamento normativo” (BOBBIO, 1995, p. 226), isto é, o único sistema de regulamentação do comportamento do homem em sociedade; e, como a valoração de um comportamento se funda numa norma jurídica, acrescente-se que o direito estatal-legislativo se tornou o critério único e exclusivo para a valoração do comportamento social do homem na sociedade.

Na verdade, instrutiva é a análise feita em que o positivismo jurídico é muitas vezes acusado de sustentar uma concepção estática da interpretação, que deveria consistir somente na reconstrução pontual da vontade subjetiva do legislador que introduziu as normas, sem se preocupar em adaptar estas últimas às condições e exigências histórico-sociais variadas, como faz, ao contrário, a interpretação evolutiva sustentada pela corrente antipositivista. Ademais, é no interior da concepção da jurisprudência como atividade interpretativa do direito que remonta a ideia de contraste entre “o juspositivismo e o antipositivismo” (BOBBIO, 1995, p. 213-214).

Em última análise, é bom registrar que a doutrina do direito positivo de Norberto Bobbio é um aprimoramento das doutrinas de H. L. A. Hart e Hans Kelsen. Desta forma, pode-se sustentar que o grande feito da doutrina de Norberto Bobbio não é a reformulação de tais teorias, mas a grande sistematização por ele proposta na seara do direito positivo, que é distinguir determinados aspectos do positivismo e estudá-los de forma independente entre si.

4.2.3 H. L. A. Hart

Na doutrina de H. L. A. Hart, o positivismo jurídico consiste num positivismo metodológico. Pode-se denominar com tal nomenclatura, toda corrente positivista que se incumbe basicamente de três interesses tratados de forma conjunta, são eles: I. o direito como fato social, II. a distinção de dois grandes sistemas normativos: o direito e a moral e; III. a natureza semântica do direito.

No campo específico do direito positivo, H. L. A. Hart destaca que uma sociedade que possua um ordenamento jurídico deve encarar suas normas a partir do ponto de vista interno, como padrões aceitos de conduta, e não apenas como previsões confiáveis do que poderão sofrer nas mãos das autoridades caso

desobedeçam. Nesse ponto, o sistema jurídico diz respeito às atitudes e ao comportamento envolvido na aceitação voluntária das normas, e também às atitudes e aos comportamentos mais simples implicados na mera obediência ou aquiescência a estas. Ora, é evidente observar que um conceito de direito que permita diferenciar a invalidade do direito de sua imoralidade nos faculta ver a complexidade e a variedade desses problemas distintos, enquanto um conceito restrito de direito, que nega validade jurídica às normas iníquas, pode nos tornar cegos para eles.

O referido autor é adepto da democracia, e sua concepção de direito encontra-se estritamente vinculada à concepção de Estado democrático. A teoria do direito hartiana é definida por ele como “sociologia descritiva”. Em sua teoria, H. L. A. Hart procura demonstrar como os juristas e os destinatários usam a linguagem do direito, razão pela qual utiliza elementos da filosofia analítica, o que o permite analisar o significado das expressões, mas também o funcionamento das instituições sociais, detidamente o direito.

É claro que H. L. A. Hart também se ocupa da existência, validade e eficácia do direito. Nesse sentido, existe por parte do autor uma preocupação latente com a aceitação por parte dos destinatários às normas jurídicas, isto é, ao ajuste que ocorre entre a conduta e ao que é prescrito em lei, razão pela qual, H. L. A. Hart investiga o direito sob o prisma interno e externo, ou seja, a doutrina hartiana ocupa-se com a relação existente entre direito e moral.

Acentua-se, por oportuno, que o jusfilósofo inicia uma de suas principais obras originalmente intitulada *The Concept of Law* (O Conceito de Direito), com uma pergunta inquietante a todo operador do direito: o que é direito? Nesse aspecto, H. L. A. Hart esclarece que é necessário, em primeiro lugar, saber: I. o que diferencia o direito das demais ordens respaldadas por ameaças; II. qual a distinção da obrigação jurídica da obrigação moral e; III. o que são as normas jurídicas e em que medida o direito é uma questão de normas (HART, 2009, p. 1-10).

Mediante tais questionamentos, constata-se duas características fundamentais na teoria do direito hartiana: I. é geral, no sentido que busca explicar qualquer sistema jurídico vigente nas complexas sociedades contemporâneas. Vale dizer, a teoria do direito de H. L. A. Hart busca definir o direito como um conjunto de práticas sociais, e; II. é descritiva, posto que pretende laborar a estrutura do direito e o seu funcionamento sem considerar, deste modo, a justificação moral das práticas jurídicas analisadas.

O objetivo principal do jusfilósofo é apresentar uma teoria do direito que fosse ao mesmo tempo geral (no sentido de que não se vincula a nenhum sistema jurídico ou cultura jurídica específica) e descritiva (explicativa e elucidativa do direito como instituição social e política complexa, dotada de um aspecto regulatório e, nesse sentido, "normativo"). Assim concebida como uma *Legal Theory* (Teoria do Direito), H. L. A. Hart assinala que "normas impõem deveres, outorgam poderes, reconhecem valores, modificam pontos de vista e enunciados internos e externos, além de possuírem valores jurídicos" (HART, 2009, p. 310). Tais conceitos focalizam a atenção nos elementos em função dos quais diversas instituições e práticas jurídicas podem ser analisadas de forma esclarecedora, e de acordo com os quais é possível responder às perguntas sobre a natureza geral do direito suscitadas pela reflexão sobre aquelas instituições e práticas.

No que concerne ao conteúdo e aplicação das leis positivas, a função social de uma lei é estabelecer e definir certos tipos de conduta como algo a ser evitado ou praticado por aqueles a quem se aplica, independentemente dos desejos destes. Por outro lado, as sanções vinculadas às infrações ou violações da lei se destinam a oferecer um motivo para que os indivíduos se abstenham dessas atividades. Não se pode negar que a natureza autovinculante das leis cria obrigações jurídicas específicas para a sociedade em geral, introduzindo padrões de comportamento a serem seguidos.

Porém, são bastante óbvias, em certos casos, as diferenças e semelhanças entre os seres humanos que se mostram pertinentes para a crítica dos arranjos jurídicos como justos ou injustos. De acordo com H. L. A. Hart:

> Quando passamos da justiça ou injustiça na aplicação do direito à apreciação do próprio direito nesses termos, é evidente que o próprio direito não pode agora determinar quais semelhanças e diferenças entre os indivíduos devem ser reconhecidas para que suas normas tratem igualmente os casos iguais e, assim, sejam justas. Consequentemente, há aqui muito espaço para dúvida e debate. Diferenças fundamentais, geralmente de perspectiva moral e política, podem levar a divergências e discordâncias irreconciliáveis quanto às características dos seres humanos que devam ser consideradas pertinentes para a avaliação do direito como justo ou injusto. (HART, 2009, p. 209).

Ora, é claro que as perspectivas hartianas sobre a relação entre esse aspecto de justiça e a própria noção de se proceder de acordo com normas é obviamente muito íntima. De fato, poder-se-ia na verdade dizer que aplicar com justiça a mesma lei a casos diferentes consiste simplesmente em levar a sério a afirmação de que o

que se deve aplicar a casos diferentes é a mesma norma geral, sem nenhum preconceito, interesse ou capricho. E é nesse viés, que essa íntima relação entre a justiça na aplicação do direito e a própria noção de norma tentou alguns teóricos famosos a identificarem a justiça à obediência ao direito, a exemplo de Gustav Radbruch. O simples fato de dizer que a lei contra o assassino é aplicada com justiça equivale a dizer que é aplicada imparcialmente a todos aqueles, e somente àqueles, que se assemelham por terem feito o que a lei proíbe; nenhum preconceito ou interesse impediria o juiz de tratá-los "igualmente".

Enfim, a obra de H. L. A. Hart, assim como a de Hans Kelsen, tornam-se de suma importância para a Filosofia do Direito contemporânea, uma vez que, o positivismo busca estabelecer a separação conceitual entre direito e moral. Contudo, cumpre aos jusfilósofos debruçarem-se não somente sobre a existência e o conteúdo do direito, mas acerca dos valores morais e a relação entre direito e moral. O que importa estabelecer é que o juspositivista propicia neste contexto uma enorme contribuição não somente na distinção, mas na definição do conceito de direito como regra de conduta social.

4.2.4 Joseph Raz

Estribado no modelo positivista kelseniano, bem como no debate travado entre Norberto Bobbio e H. L. A. Hart, Joseph Raz procura investigar o fundamento do positivismo exclusivo. Dos ensinamentos deixados por Norberto Bobbio e H. L. A. Hart, podem-se destacar duas ideias basilares: I. a expressão "positivismo jurídico" estava sendo utilizada indevidamente para justificar teses distintas e; II. haviam motivos contundentes para esposar somente algumas das teses apresentadas e rechaçar o resto. Baseado em ambas ideias, erige-se o positivismo exclusivo do autor em epígrafe.

De fato, Joseph Raz admite que existem muitas controvérsias acerca da exata natureza institucional do caráter do direito. Com efeito, o referido autor sustenta que um sistema de normas jurídicas não é uma ordem jurídica vigente, salvo nas seguintes condições: I. que instaure instituições jurídicas que solucionem conflitos oriundos da aplicação da referida ordem; II. que seja respaldado, aceitado ou interiorizado ao menos parte da sociedade e; III. que seja autoritário, isto é, que o sistema jurídico possua uma posição de supremacia dentro da sociedade,

possibilitando, consequentemente, o poder de legitimar ou prescrever outras instituições sociais.

Evidentemente, muitas vezes o direito foi responsável por sacrificar um de seus grandes objetivos, qual seja, a justiça em nome da segurança jurídica. Mas isso teve uma explicação na transição da idade média para a moderna, entre os séculos XVIII a XIX, onde a sociedade reclamava limites ao poder concentrado e ilimitado do soberano (buscavam-se barreiras aos arbítrios dos reis absolutistas). Nesse sentido, segundo Bernardo Abreu de Medeiros (2015), em relação ao delineamento do positivismo jurídico, Joseph Raz reconhece que a confusão terminológica em torno do termo "positivismo jurídico" faz com que a melhor aproximação ao tema seja partir de um determinado "grupo de teses" (RAZ, 1979, p. 37).

E é por traz destas teses que estaria três áreas em disputa que figuram o centro da controvérsia: a) a identificação do direito; b) seu valor moral, e c) o significado dos seus termos-chave. As três áreas se vinculariam a três teses: a tese social, a tese moral e a tese semântica. Vale observar o seguinte:

> A primeira das teses, a tese social, afirma que o que é direito e o que não é direito é uma questão de fatos sociais. Todas as variedades de teses sociais sustentadas pelos positivistas seriam refinamentos e elaborações desta formulação crua. A tese da moral sustenta que o valor moral do direito ou seu mérito são questões contingentes, dependentes do conteúdo do direito e das circunstâncias da sociedade a qual se aplica. E finalmente, a única semântica que pode ser identificada como comum a maioria das teorias positivas é uma negativa, segundo a qual termos como "direitos" e "deveres" não podem ser usados com o mesmo significado em contextos morais e jurídicos. (MEDEIROS, 2015, p. 44).

Com base nestas premissas, aduz-se da doutrina proposta por Joseph Raz, que a eficácia de um sistema jurídico depende também de dois fatores preponderantes: I. da conformidade geral dos cidadãos ao que determina o direito e; II. do fato de que os Tribunais e outras instituições aplicadoras do direito estabeleçam sanções no caso de inobservância das normas jurídicas. O direito na visão de Joseph Raz cristaliza-se unicamente como uma instituição social. Vale ressaltar, porém, que o direito na perspectiva do referido autor seria um sistema que exerce a função de orientar e decidir juridicamente, e com autoridade dentro do corpo social no qual ele (direito) é estabelecido, pois origina-se a sua própria eficácia fazendo-o gozar de efetiva autoridade.

Apesar da definição de Joseph Raz demonstrar-se demasiadamente

sociológica, o jusfilósofo não nega a importância da Sociologia do Direito no sentido de, criar uma definição que vá além do critério geral de existência e de identidade do direito, isto é, a definição minuciosa de determinadas ordens jurídicas é objeto de perquirição exclusiva desta seara de estudo. Sob esta conjectura, a doutrina de Joseph Raz demonstra-se exclusiva em relação à moral, ou seja, ao conceber o direito sob o viés estritamente institucional, torna-se inviável qualquer tentativa de conexão com aquela.

Do ponto de vista raziano, a verdadeira doutrina positivista é baseada na tese das fontes sociais do direito que propala a existência de toda e qualquer norma jurídica, ou até mesmo do próprio ordenamento jurídico, originar-se puramente de uma fonte social. Contudo, seria o mesmo que sustentar que uma norma jurídica, uma sentença ou até mesmo um costume somente poderão ser fontes do direito se, antes de tudo, forem uma prática social, ou um fato social.

Aduz-se, entretanto, que o direito como fato social tem a função de regular a própria sociedade através de órgãos instituídos para criar e aplicar os dispositivos legais. Consequentemente, na perspectiva de Joseph Raz, o direito não possuiria elementos justificativos, sejam ou não de cunho moral, nem tão pouco abarcaria necessariamente todas as normas e convenções sociais. Destarte, admite Joseph Raz, que o direito possui em seu âmago somente o substrato normativo, isto é, resguarda em seu cerne somente normas que possuem relação institucional.

Naturalmente, verifica-se que a teoria do direito desenvolvida por Joseph Raz se baseia na tese da separação normativa entre direito e moral, de modo que todos os elementos morais são excluídos na identificação do direito válido ou na interpretação do direito. O jusfilósofo refere-se à sua doutrina como "*strong social thesis*[59]*"* (RAZ, 1979, p. 37-40), segundo a qual a validade das normas jurídicas depende, tão-somente, de elementos empíricos, fatos sociais, descartados, portanto, critérios de justiça ou de correção moral. Nesse sentido, Robert Alexy assinala o seguinte:

> Joseph Raz (1996:7) aduziu que a pergunta a respeito da natureza do direito é uma questão teórica, e não prática ou normativa, e que a teoria deve exclusivamente constatar "como as coisas *são*". A pergunta sobre a possibilidade de a fórmula de Radbruch dizer algo correto sobre a natureza do direito ou - como concebe Raz - de uma regra ser válida, "dado aos tribunais o poder para desconsiderar leis grosseiramente injustas", diria

[59] O termo em inglês "*strong social thesis"* traduzido para o português significa "tese social forte" (PARKER; STAHEL, 1998).

> respeito, por isso, “a uma questão de fato social” (Raz, 2007:31, nota 15). Mas eu deveria ter mostrado a existência necessária de um tal fato social em todos os sistemas jurídicos (Raz, 2007:31, nota 15). Contra isso há de se opor que a fórmula de Radbruch não descreve nenhum fato social. Na verdade, ela é a contrapartida de um fato social. Ela coloca limites à validade jurídica fundada nos fatos sociais da produção do direito formalmente adequada e da eficácia fática. (ALEXY, 2015, p. 20).

De acordo com Robert Alexy (2015), para o observador, o direito consiste exclusivamente naquilo que realmente foi posto e é socialmente eficaz[60]. Isso é, de fato, como se refere Joseph Raz, “uma questão de fato social” (RAZ, 1979). Em contraposição, na perspectiva do participante, a resposta para a pergunta sobre o que é válido como direito e, nesse sentido, é direito, depende do que pode ser corretamente afirmado como direito. “A correção de uma afirmação sobre o que é o direito, no entanto, não depende somente de fatos sociais, mas também de argumentos morais” (ALEXY, 2015, p. 20).

Em verdade, o direito é um fato social e não poderia ser diferente. Do mesmo modo, em um Estado democrático de direito, são necessárias instituições jurídicas e políticas cujo alvitre é ordenar a própria sociedade e, fornecer o aparato julgado necessário para que isto aconteça (tratam-se dos órgãos Executivo, Judiciário e Legislativo). No entanto, cogitar na elaboração de um dispositivo legal, na aplicabilidade legal ou interpretação legal sem levar em consideração a moral, daria ensejos às injustiças. A moral enquanto conjunto de valores compartilhados individualmente ou pelo corpo social, faz-nos refletir acerca do “justo” e do “injusto”. A moral conjuntamente com a razão humana, regula de certa forma, nossa conduta suscitando contínuas reflexões acerca das ações. Assim sendo, um órgão Judiciário meramente tecnicista, desprovido de preceitos morais não cumpriria a sua função que é a busca pela Justiça e sua realização.

4.3 Aspectos gerais sobre o positivismo jurídico: efetivo conteúdo à injustiça extrema?

Diante das perspectivas positivistas analisadas pelos autores supracitados, é possível afirmar que o positivismo jurídico é uma posição filosófica que permanecerá

[60] Isso não exclui as considerações das reflexões dos observadores sobre como o direito, na opinião dos participantes, deva ser. Pode-se falar, no caso, de considerações indiretas ou em “terceira pessoa” sobre como o direito deve ser. Os participantes, ao contrário, realizam considerações diretas ou em primeira pessoa (ALEXY, 2015, p. 20).

em destaque e discussão enquanto existir um debate sobre o conceito e a natureza do direito. É notório observar, que o positivismo jurídico[61] desenvolvido na segunda metade do século XIX, concebe o direito como um fato da realidade sensível, seja como fato do mundo interior (positivismo jurídico psicológico, com *Ernst Rudolf Bierling*), seja como fato do mundo exterior (positivismo jurídico sociológico, com *Rudolf Von Ilhering* e *Max Weber*). Este positivismo jurídico empírico considerava-se como a verdadeira "ciência" do direito e, por certo, precisamente pelo fato de proceder empiricamente, isto é, do mesmo modo que as ciências da natureza.

Em contraposição a esses postulados, Hans Kelsen surge no cenário mundial como um importante filósofo do direito e fundador da "Teoria Pura do Direito". O jusfilósofo inaugura em sua teoria a expressão do positivismo normativista e lógico-normativo. Com razão, não considera o positivismo jurídico psicológico e o positivismo jurídico sociológico como ciência jurídica, dado que se ocupam apenas de fatos. Sendo assim, na visão de Hans Kelsen, a ciência jurídica tem a ver com o dever, com normas, não é uma ciência da natureza. A "Teoria Pura do Direito" tem a ver com o dever e, mais concretamente, com o "puro" dever jurídico, que não é um valor ético, mas apenas uma estrutura lógica. O postulado supremo é, portanto, a "pureza do método".

Num quadro conceitual, conforme sinaliza Robert Alexy (2014c), para a discussão sobre o positivismo jurídico, recomenda-se escolher um conceito de direito que inclua o conceito de validade. Desse modo, pode-se evitar um trivialização do problema, que consiste em definir o direito como uma classe de normas do comportamento exterior[62], sem antes relacioná-lo à dimensão de validade, e então afirmar que não poderia haver uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral porque seria possível imaginar normas do comportamento exterior com qualquer conteúdo. Portanto, a inclusão do conceito de validade no conceito de direito significa uma inclusão do contexto institucional de produção, aplicação e execução do direito nesse conceito. Prova disso é que "esse contexto pode ser significativo para a questão da conexão conceitualmente necessária" (ALEXY, 2014c, p. 246).

Cumpre destacar, porém, que a filosofia do direito de Gustav Radbruch

[61] Todo o positivismo quer limitar-se ao "positivismo dado" e, sobretudo, banir a metafísica (KAUFMANN, 2004, p. 21).

[62] Sobre esta nota característica, conferir em Ralf Dreier: "*Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus*?" (DREIER, 1987, p. 374).

proporcionou uma “mudança paradigmática” em toda a sistemática jurídica. Para isso, teve ele, do ponto de vista da sua posição kantiana, de pagar um elevado preço: o relativismo axiológico (jusfilosófico)[63]:

> Na literatura sobre Radbruch, surgiu uma forte controvérsia sobre se na sua vida e especialmente na sua filosofia jurídica existiu uma “ruptura”, ou mesmo uma “experiência de Damasco”, ou se a transformação, nele indubitavelmente ocorrida e nunca por si negada, foi apenas expressão de um desenvolvimento contínuo e ininterrupto. Mais claramente: tornou-se o outrora “positivista” Radbruch um “jusnaturalista” sob o impacto do Estado de não-Direito do nacional-socialismo? (KAUFMANN, 2004, p. 63).

Sem dúvida, há passos na obra de Gustav Radbruch com as quais se poderia comprovar tal ruptura. Em sua teoria, não se pode conceber nenhuma justificação para a vigência do direito manifestamente injusto. Por sua vez, mesmo sob o influxo do Estado de não-direito, Gustav Radbruch não se desligou totalmente do positivismo jurídico, mesmo porque ele nunca sacrificou a segurança jurídica, como uma parte constitutiva da ideia de direito, a um vago pensamento jusnaturalista. Nesse mesmo aspecto, não há a menor indicação de que Gustav Radbruch alguma vez tenha pensado na renovação da ideia tradicional do direito natural, “de acordo com o qual se poderia deduzir todo um sistema de proposições jurídicas objetivas e sempre verdadeiras a partir do conceito de natureza substancialmente pensado” (KAUFMANN, 2004, p. 63).

Ora, o que Gustav Radbruch considera e reconhece como direito natural são certos direito subjetivos do homem que, muito embora históricos, são dados prévios e indisponíveis para o legislador histórico. Na sua essência, é aquilo que podemos chamar de direitos humanos e fundamentais. Compreende-se, pois, induvidosamente, que o jusfilósofo construiu uma ponte que ultrapassou as posições antagonistas de outrora. E mais, a sua filosofia do direito, se vista na sua globalidade, sem se retirarem arbitrariamente afirmações isoladas, situa-se além do positivismo e do direito natural. Por outro lado, esta ponte construída por Gustav Radbruch é antes de tudo construída no seu conceito de direito. Para entender melhor esta explanação, Arthur Kaufmann adverte que:

> No direito natural clássico, o “direito” é equiparado ao valor jurídico absoluto,

[63] Sobre esta nota característica, conferir o interessante estudo de Ralf Dreier, Gustav Radbruch, Hans Kelsen e Carl Schmitt em: “*Staat und Recht*; *Festschrift für Günther Winkler”* (HALLER, 1997, p. 193 ss.).

> à Justiça. Para o conceito de direito positivista o conteúdo não desempenha papel absolutamente nenhum; mesmo o direito injusto está abrangido neste conceito de direito, desde que seja produzido de maneira formalmente correta. O conceito de direito de Radbruch, ao qual se ateve durante toda a sua vida sem qualquer alteração, não segue nenhuma destas duas direções. Representa, de fato, uma "terceira via". (KAUFMANN, 2004, p. 64).

Na verdade, para compreender o conceito de direito em Gustav Radbruch é preciso sucintamente dizer algo acerca de sua filosofia. Os seus pontos de partida filosóficos foram o neokantismo, em que exerceu influência, sobretudo, o princípio axiológico, e, por outro lado, o dualismo metódico do dever e do ser. A partir destes pontos, Gustav Radbruch distingue a atitude "*valorativamente neutra* das ciências da natureza, a *atitude valorativa* da ética, entre as duas, a *atitude de referência a valores* das ciências culturais, e, acima delas, a *atitude superadora dos valores* da religião" (KAUFMANN, 2004, p. 64).

De fato, o direito que é parte da cultura, está referido a valores, ou seja, é "a realidade que tem o sentido servir ao valor jurídico, à ideia do direito" (RADBRUCH, 2010, p. 47). A ideia do direito não pode ser outra senão a justiça[64]. Este conceito é notável por duas razões principais. Em primeiro lugar, não é positivista. O conceito positivista do direito limita-se a afirmar que o direito é um conjunto de normas de conteúdo arbitrário promulgadas de modo formalmente correto, isto é, "o direito 'em si' simplesmente não existe, é apenas uma designação de conjuntos para as normas legais" (KAUFMANN, 2004, p. 65). A esse respeito, assinala Gustav Radbruch que só têm a qualidade de jurídicas as normas que estejam referidas à justiça, ou seja, que estejam para ela orientadas. Não obstante, em segundo lugar, o conceito de direito de Gustav Radbruch não é jusnaturalista, pois o "direito justo" não é equiparado ao valor jurídico absoluto, à justiça, pois os valores em si pertencem, segundo a concepção axiológica radbruchiana, apenas ao mundo ideal, não ao real.

[64] O arcebispo Konrad Groeber, de Freiburg, em seu sermão proferido na véspera do ano novo, em 1940, posiciona-se contra a doutrina de que "o direito é aquilo que é útil ao povo": 1. idêntica à proposição "O fim justifica os meios"; 2. negação do fato fundamental de que existe um bem e um mal em si; 3. deveria corresponder à realidade para todos os povos - também para os povos inimigos e, do mesmo modo, entre eles justificaria toda atrocidade útil; 4. quem decidirá sobre a utilidade? Em síntese, tão somente o sucesso!; 5. como, se ao útil para o povo se opõem empecilhos de ordem jurídica; por exemplo, os tratados? Perdem então eles todo o valor? Aquele que defende isso renunciaria à respeitável dignidade moral e a ser digno de confiança; 6. o que no momento afigura-se como útil pode no futuro evidenciar-se como fatídico e prejudicial. Transformar-se-ia o direito então em injustiça?; 7. Resumindo: em última instância, essa proposição significa uma "catástrofe da vida legal". Considera Deus a força moral suprema. Justiça, e não a utilidade, é a ideia do direito! (RADBRUCH, 2010, p. 47).

Na verdade, de acordo com Arthur Kaufmann (2004), a tratativa dada por Gustav Radbruch é que o direito justo apenas existe “aproximadamente”, mas o “direito infame” nunca foi por ele aceito, nem mesmo no seu período inicial. Por tal motivo, a teoria radbruchiana acerca da nulidade da “lei injusta”, com que causou grande sensação em 1946, é fundamentalmente uma consequência do seu, já antes formulado (nos *Grundzügen* de 1914) conceito de direito. Este apenas mudou a acentuação nos primeiros tempos, onde radicava na segurança jurídica, e no período tardio, na justiça material.

Dito de outra maneira, Gustav Radbruch desenvolveu a partir da sua definição de direito uma teoria da justiça fundamentada especificamente em conteúdos da justiça. Seu modelo teorético é base fundamental para a discussão jusfilosófica sobre a justiça, ainda que evidentemente a evolução não tenha cessado com a sua morte. Com bastante propriedade, o jusfilósofo tinha a intenção de reelaborar a sua doutrina da justiça, onde queria, sobretudo, ir um pouco além do seu originário princípio relativista, mas que não chegou a fazê-lo devido a sua morte.

No tocante à conclusão a respeito dos aspectos gerais do positivismo jurídico em face do efetivo conteúdo à injustiça extrema, Arthur Kaufmann assinala que:

> A teoria da justiça de Radbruch parte do fato de que o *princípio da igualdade* (tratar o igual de forma igual e o diferente de forma proporcionalmente diferente) vale, na verdade em termos absolutos, mas tem caráter meramente formal. Tem, portanto, que acrescer um princípio material, a *ideia-fim*[65]; esta é material mas vale apenas de modo relativo, pois aparecem-nos três diferentes tipos de valores jurídicos supremos, sem uma ordem hierárquica racional estabelecida: os *valores individuais*, os *supra-individuais* e os *transpessoais.* Por razões de *segurança jurídica*, é portanto necessário estabelecer autoritariamente o conteúdo do direito. Mais uma vez, a doutrina de Radbruch *não é positivista*, porque também são incluídos valores, pagando contudo o preço do relativismo; e ela *não é jusnaturalista*, porque não deduz um direito “absolutamente justo” a partir da ideia de direito. (KAUFMANN, 2004, p. 65-66).

Conclui-se, pois, que na verdade, Gustav Radbruch ultrapassou desde o início de sua teoria o positivismo jurídico ortodoxo na medida em que se declarou partidário da “teoria objetivista da interpretação” (KAUFMANN, 2004, p. 66). Nesse sentido, o positivismo jurídico consequente tem de a favorecer a “teoria subjetivista da interpretação” (KAUFMANN, 2004, p. 66), de acordo com o qual o juiz (e quem quer que ajuíze juridicamente) tem de se ater unicamente à vontade do legislador real incorporada na lei (o que, entendido com certo rigor, pressupõe a ausência de

[65] O termo em português “ideia-fim” traduzido para o alemão significa “*Zweckidee*” (KEMPCKE, 2011).

lacunas no ordenamento jurídico legal). Assim, é preciso entender, que segundo a teoria objetivista, não interessa exclusivamente o que o legislador efetivamente quis, mas o que ele razoavelmente pretendeu para uma determinada situação.

Evidentemente, muitos críticos duvidaram da existência de um "sistema" na filosofia do direito radbruchiana. Tal dúvida não é totalmente injustiçada, aliás, de fato, Gustav Radbruch não expôs um "sistema fechado" ao modo do direito natural e do positivismo jurídico. A sua contribuição para o direito em termos filosóficos foi a de oferecer um "sistema aberto". Embora se tenha feito esforços nesse sentido, não existe nenhuma fundamentação para que um direito positivo indubitavelmente reconhecido como injusto conserve a sua vigência. Ensina Gustav Radbruch, que a "validade do direito positivo somente pode fundamentar-se na incognoscibilidade do direito justo" (RADBRUCH, 2010, p. 27).

4.4 O não-positivismo jurídico na visão de alguns doutrinadores do direito: as contribuições teórico-argumentativas

Não é demasiado referir, que a defesa de um conceito de direito não-positivista[66] sempre esbarra na questão sobre a relação entre direito e moral. Em se tratando do aspecto positivo, é importante registrar que deve existir ou deveria existir "uma correspondência de conteúdo entre normas do direito e da moral e se é tarefa do direito garantir o comportamento moral[67]" (ALEXY, 2014c, p. 271). No que concerne ao aspecto negativo, tal premissa é abordada quando a questão é se normas estabelecidas em conformação "com o ordenamento e/ou normas socialmente eficazes perdem o seu caráter jurídico ou sua validade jurídica quando elas ofendem normas morais[68]" (ALEXY, 2014c, p. 271).

Ora, é bastante intrigante para a ciência do direito a acepção sobre o positivismo jurídico, ainda mais quando se tem duas teses principais em disputa: a tese da separação e a tese da conexão. A maioria dos positivistas jurídicos defende a tese da separação, afirmando que o conceito de direito deve ser definido sem a

[66] Traduzido a partir do original em alemão "*Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs*", e publicado originalmente em: "*Öffentliche oder private Moral? Festschrift"* (VALDÉZ, 1992, p. 85-108).

[67] Sobre esta nota característica, conferir em Günther Patzig: *"Moral und Recht",* in: *"Ethik ohne Metaphysik, Göttingen",* Günther Patzig (PATZIG, 1983, p. 7 ss.).

[68] A seguir será empregado um conceito de direito que inclui a validade jurídica. Por isso, só se falará principalmente no caráter ou no conceito de direito. Conferir em Robert Alexy: "*Zur Kritik des Rechtspositivismus*" (ALEXY, 1990, p. 12).

inclusão de qualquer elemento moral. Obviamente, restam a teoria positivista somente dois elementos definitórios, quais sejam: a *legalidade autoritativa* e a *eficácia social*. Contudo, na visão de Ralf Dreier (1991), as inúmeras variantes do positivismo jurídico resultam de diferentes interpretações e atribuições a esses dois elementos enigmáticos e definitórios.

Ao contrário do que se observa, os não-positivistas defendem a tese da conexão. Para estes, o conceito de direito deve ser definido através da inclusão de elementos morais. A inclusão da variável moral, como muitas normas jurídicas, tipicamente dizem respeito ao que deve ou não deve ser feito em circunstâncias continuamente recorrentes na vida do grupo, mais do que as atividades raras ou intermitentes que ocorrem em ocasiões escolhidas deliberadamente. Por outro lado, é interessante observar que nenhum positivista exclui do conceito de direito os elementos da legalidade autoritativa e da eficácia social. Nesse sentido, a principal distinção dos positivistas é antes a concepção de que "o conceito de direito deve ser definido de modo que ele contenha, além dessas características que se ajustam aos fatos, também elementos morais" (ALEXY, 2014c, p. 272). Quando se faz uma opção entre tais alternativas, os não-positivistas aceitam que a famosa fórmula do positivista jurídico Hans Kelsen, "assim, qualquer conteúdo pode ser direito" (KELSEN, 1960, p. 201), não é, de forma elucidativa, correta.

Há várias distinções essenciais sobre a tese positivista da separação e a tese não-positivista da conexão com cristalinos argumentos que podem ser mencionados a favor ou contra essas teses. Para Robert Alexy (2014c), ambas as teses formulam o resultado de uma argumentação, sem, porém, já expressar os argumentos que as definitivamente a apoiam. Todavia, esses argumentos podem ser definidos em dois grandes grupos, sendo o primeiro *analítico* e o segundo *normativo*. De acordo com Robert Alexy:

> Um argumento *analítico* é apresentado quando se afirma que a inclusão de elementos morais no conceito de direito seria necessária, impossível ou simplesmente possível conceitualmente. Por outro lado, a tese da separação ou a tese da conexão são apoiadas através de um argumento *normativo* quando se demonstra que a inclusão ou a exclusão de elementos morais no conceito de direito seria necessária para se alcançar determinado objetivo ou para se cumprir determinada norma. (ALEXY, 2014c, p. 274).

Ora, deve-se reconhecer que os debates mais recentes sobre o conceito de direito é disseminada a concepção de que o termo "direito" seria em tal medida

ambíguo e vago a ponto de a disputa sobre o positivismo jurídico não poder ser determinada através de uma análise conceitual[69]. Embasado nisso, para Norbert Hoerster, deve-se tratar exclusivamente de "uma determinação normativa, de uma proposta definitória" (HOERSTER, 1986, p. 2481), ou seja, as elaborações teóricas sobre a aplicação do direito demonstram que tais construções conceituais só podem ser justificadas do ponto de vista definitório, através de argumentos normativos ou de considerações de conveniência. Nesse sentido, adverte ainda Norbert Hoerster (1986), que a inclusão de elementos morais no conceito de direito, dado um conceito de direito não-positivista, não é nem conceitualmente necessária nem conceitualmente impossível. Preleciona Robert Alexy o seguinte:

> O positivismo jurídico se caracteriza pela separação entre direito e moral, limitando-se a considerar como elementos do direito a legalidade autoritativa (o estabelecimento em conformidade com o ordenamento) e a eficácia social. Segundo Alexy, o não-positivismo, sobretudo na variante por ele defendida, o não-positivismo inclusivo, aceita que os dois elementos do conceito positivista fazem parte do conceito de direito, mas adiciona um terceiro: a correção moral. Essa adição significa que, além da dimensão real, representada pelos dois elementos do conceito de direito positivista, o direito possui uma dimensão ideal. A dimensão ideal implica a existência de uma conexão conceitual necessária entre direito e moral. A fim de provar essa existência de uma conexão conceitual necessária entre direito e moral Alexy afirma que o direito levanta uma pretensão de correção, o que pode ser demonstrado através da contradição performativa cometida por aquele que a nega. (ALEXY, 2014c, p. 22).

Em tal medida, o não-positivismo inclusivo defendido por Alexy incorpora a fórmula de Gustav Radbruch, onde afirma que deve ser o direito positivo respeitado, mesmo que injusto, a não ser que a injustiça atinja o limiar da "injustiça extrema", caso em que o direito positivo não é válido. Porém, cumpre destacar, que essa concepção alexyana a respeito do direito tem sido objeto de várias indagações na prática. Em vista disso, aquele que se apoia no direito válido não precisa falar na validade, mas simplesmente pode dizer "o direito requer isso". Todavia, é perfeitamente possível tanto um conceito de direito que inclui o conceito de validade quanto um que não o faça. A esse respeito, explica Robert Alexy o seguinte:

> Para a discussão sobre o positivismo recomenda-se escolher um conceito de direito que inclua o conceito de validade. Desse modo pode-se evitar uma trivialização do problema, que consiste em definir o direito como uma classe de normas do comportamento exterior, sem antes relacioná-lo à dimensão da validade, e então afirmar que não poderia haver uma conexão

[69] Sobre esta nota característica, conferir em Walter Ott, "*Der Rechtspositivismus"* (OTT, 1976, p. 163-169).

> conceitualmente necessária entre direito e moral porque seria possível imaginar normas do comportamento exterior com qualquer conteúdo. A inclusão do conceito de validade no conceito de direito significa uma inclusão do contexto institucional de produção, aplicação e execução do direito nesse conceito. Esse contexto pode ser significativo para a questão da conexão conceitualmente necessária. (ALEXY, 2014c, p. 246).

Pois bem, isso significa que a validade depende da pertença[70] da norma ao ordenamento que lhe atribui força vinculante, impondo-a a seus destinatários e gerando, pelo menos indiretamente, direitos e obrigações. Veja que a validade do direito nesse caso não pode, em suma, reconduzir-se nem a um mero fato, nem a um puro dever jurídico. Por outro lado, sob a perspectiva de Gustav Radbruch e Robert Alexy, as leis extremamente injustas perdem a característica de leis, e não podem ser aplicadas em discussões jurídicas. Ora, sejam lá quais forem os méritos do argumento da "injustiça extrema[71]", estes devem ser apresentados como uma objeção sobre a natureza do direito, ou seja, uma perspectiva não-positivista ou antipositivista oferecida como uma alternativa para a reformulação do positivismo jurídico. Isso pode ser melhor esclarecido por Andityas Soares de Moura Costa Matos, onde afirma que "O positivismo jurídico realmente incomoda. E, em razão disso, fez muitos e poderosos inimigos ao longo do século passado" (COSTA MATOS, 2009, p. 12).

Várias críticas vêm sendo alicerçadas ao positivismo jurídico de forma indiscriminada, tendo em vista a verdadeira oposição funcionalista no seio do pensamento jurídico. Pode-se afirmar, de acordo com Andityas Soares de Moura Costa Matos, que no contexto do pós-guerra, Gustav Radbruch conclamou os juristas a considerarem o componente ético do direito - a justiça - como o seu traço fundamental, "devendo todo o positivismo jurídico ser negado exatamente em razão de sua vacuidade axiológica" (COSTA MATOS, 2009, p. 17). Particularmente, a posição assumida por Gustav Radbruch foi influente não apenas em razão da importância pessoal de sua figura na ciência jurídica alemã, mas sim porque antes

[70] Alguns autores utilizam o termo "pertinência" para indicar essa relação. Isso pode gerar confusão em razão do significado valorativo do termo pertinência. Como dito, os positivistas realizam o exame interno de pertença da norma ao ordenamento, sem analisar a qualidade da norma (congruência, oportunidade, etc.) (DIAS, 2010, p. 277, 279 e 314).

[71] Como Robert Alexy pontua, pode haver benefícios práticos para o fato de um Tribunal ser capaz de dizer que uma regra injusta era inválida *ab initio*: 1. com uma lei negando reivindicações de propriedade, se a lei nunca for legalmente válida não será preciso que o Legislativo formule uma legislação retroativa; a propriedade simplesmente nunca terá sido perdida, embora seja, por certo, possível haver um decreto judicial invalidando a legislação; e, 2. tratando as normas como inválidas *ab initio* pode também ter uma vantagem em casos onde uma reivindicação deveria ter sido de outra maneira inoportuna (ALEXY, 1999, p. 19- 36).

da Segunda Guerra Mundial, o autor apresentava ideias de natureza nitidamente positivistas, sustentando que a ordem e a segurança das normas jurídico-positivas justificariam a obrigatoriedade de qualquer direito, "[...] mesmo se injusto e mal adaptado a um fim" (RADBRUCH, 1961, p. 213).

O direito deve estrategicamente buscar em suas bases intelectivas o prudente, o razoável, tendo-se em vista que seus juízos não são apodíticos ou dogmáticos. Por isso, para se pensar a evolução do direito, é necessário afugentar todos os dogmas que lhe retiram a identidade e o sentido. Por tal motivo é que os positivistas jurídicos, contrariamente aos não-positivistas, defendem que "o direito corresponde a um complexo fático-normativo que, ontologicamente, não se apresenta como um valor[72]" (STRUCHINER, 2005, p. 35). A crítica ideológica dirigida ao positivismo, especialmente ao seu método, se insere em um contexto geral no qual o postulado da neutralidade científica foi posto em questionamento.

É inegável que a denúncia específica contra o positivismo jurídico foi formulada com clareza por Gustav Radbruch na célebre passagem, sustentando que "Essa concepção da lei e de sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas" (RADBRUCH, 1961, p. 211). Sucede, porém, que a fundamentação do direito sustentada por Gustav Radbruch, trouxe ao cosmo do pensamento jusfilosófico inovações relevantes, principalmente no que concerne à transposição ou superação do monismo metodológico incrustado no positivismo jurídico.

Nessa ótica, o não-positivismo pode ser entendido, sobretudo, como uma nova forma de se pensar o direito, deixando para trás todas as teorias baseadas em juízos de fato para se tornar uma ideologia, constituindo um conjunto de juízos de valor acerca de uma determinada realidade. Em certo sentido, este agrega o melhor do jusnaturalismo, do positivismo e até mesmo do realismo jurídico, superando a antiga:

> [...] dicotomia juspositivismo x jusnaturalismo, para tornar o direito mais flexível, mais humano, mais conectado à racionalidade, tencionando suprimir quaisquer possibilidades de validar ordens jurídicas ofensivas aos valores mais caros do homem e da sociedade. (ATIENZA, 2004, p. 309).

[72] Nesse sentido, "[...] a tese do positivismo conceitual, segundo a qual o direito é identificado por meio de um critério de fonte e não um critério de mérito, é a única tese genuinamente compartilhada por todos os positivistas jurídicos, enquanto tais" (STRUCHINER, 2005, p. 35).

Com efeito, explica Isac Penedo Pinto, que sem a observância de alguns aspectos teóricos, ideológicos e metodológicos, não há que se falar em não-positivismo. Para isso, expõe que o não-positivismo:

> 1. é visto sob uma perspectiva mais valorativa, como um sistema aberto axiológico-teleológico; 2. a Constituição se torna a pedra angular de todo o ordenamento jurídico, irradiando seus princípios e conteúdo por todo o sistema, condicionando a atividade dos Poderes do Estado e até as relações privadas; 3. dá-se o fenômeno da normatividade dos princípios que passam, ao lado das regras, a compor o sistema jurídico, tornando-se componentes elementares para a fundamentação do sistema jurídico; 4. a interpretação, a aplicação e a argumentação tornam-se instrumentos de concreção jurídica, de manutenção da atualidade do Direito frente às mudanças no decorrer do tempo, e promoção dos princípios e valores, além de alterarem o papel do Magistrado no mundo jurídico; e, por fim, 5. ocorrem a afirmação e o delineamento de uma teoria dos direitos fundamentais que, amparada pela teoria dos princípios e dos direitos subjetivos, aproxima o Direito à moral, estabelecendo uma conexão necessária entre ambos. (PINTO, 2014).

Nesse sentido, o pensamento a ser ressuscitado e renovado na mente da comunidade jurídica, composta tanto por juristas quanto por operadores do direito, é que o positivismo jurídico, tanto na perspectiva teórica quanto na ideológica, está superado. Não há mais como reduzir tudo o que pertence ao mundo jurídico ao disposto pela lei. Não se sustenta mais aquela pretensão formalista e lógica de erigir uma teoria pura, fundada na estreita vinculação entre o Estado, o direito e a lei, e que alija de seu bojo qualquer conteúdo axiológico (os fatores decisivos para a gênese e consolidação como ciência da legislação positiva são incompatíveis com a vetusta corrente jusfilosófica).

Assim sendo, a necessidade de se deixarem de lado teorias e teses revestidas por exacerbada cientificidade não é mero capricho doutrinário, mas um anseio de toda sociedade. Destarte, para corroborar melhor com a análise metodológica desta pesquisa, elencou-se aqui quatro dos principais autores que tratam das teorias não-positivistas, quais sejam: Lon Füller, Ronald Dworkin, Gustav Radbruch e Robert Alexy. Nesse sentido, em razão da contribuição de cada um dos autores no contexto histórico, foram ressaltadas suas respectivas Escolas, suas notáveis características e a importância atribuída por cada um a atual sistemática jurídica.

4.4.1 Lon Füller

Para explicar as razões de sua teoria, Lon Füller se apoia na clareza da norma, enaltecendo que ela é um ingrediente fundamental indicativo de legalidade. Neste aspecto, explica Leonidas Sossai que para Lon Füller “tanto o direito quanto a moral, estão intrinsecamente ligados e não há separação entre eles” (SOSSAI, 2015, p. 2). Por outro lado, é nítido identificar na teoria de Lon Füller, que o direito é uma atividade de controle dos instintos, além de um esforço voluntário para submissão a regras, de onde emerge o sentido de racionalidade e moralidade. Para destacar a aplicação da lei, o jusfilósofo analisa no sistema jurídico elementos que vão além da autoridade e da coerção, algo mais profundo, nascido da prática social, que envolve percepções, sentimentos e convenções.

Sobre a fundamentação racional do direito, Lon Füller chama a atenção para leis que comandam o impossível, o que reputa como circunstância absurda, a típica criação de leis “insanas” e “subversivas”, aquilo que Gustav Radbruch chama de leis que pautam por “injustiça extrema”. No entanto, explica que o modelo jurídico norte-americano poderia substancializar tal hipótese, o que condena mediante a figura clássica de um “ilimitado poder de se produzir norma legal sem legalidade” (FÜLLER, 1969, p. 71).

É preciso sublinhar, que a moralidade interna da lei para o jusfilósofo deve evitar contradições e normas de impossibilidade fática, bem como “deve contar com a constância da lei ao longo do tempo, o que seria indicativo de estabilidade” (FÜLLER, 1969, p. 79). A estreita relação da moralidade interna do direito exige também “perfeita congruência e convergência entre a determinação legal e a ação governamental” (FÜLLER, 1969, p. 81). Em outras palavras, Lon Füller destaca que a moralidade interna da lei “é menos uma moral de obrigação e mais uma moral de aspiração” (FÜLLER, 1969, p. 104).

Nessa ótica, retomando o pensamento analítico e o discurso sobre as antinomias, em Lon Füller as proposições jusfilosóficas opunham-se ao positivismo de H. L. A. Hart, com quem vai manter um diálogo permanente a respeito da compreensão do conteúdo do direito para o bem-estar humano, melhor tradução para o que vai chamar de moralidade. Na visão de Leonidas Sossai (2015), Lon Füller se preocupa com as formas de aplicação de um sistema legal, construindo e administrando sua eficácia para que perdure dentro de seu objetivo primordial que é o de aplicar melhor as regras positivas, diminuindo os eventuais danos e prejuízos emanados por esta aplicação. Igualmente, observa Robert Summers que “a validade

do direito depende da qualidade do seu conteúdo, não apenas do autoritarismo de sua fonte" (SUMMERS, 1984, p.1). No tocante as estas conclusões, Lon Füller explica que:

> A *moralidade interna* do Direito entende-se pela orientação da conduta humana para específicos tipos de realização e não somente na advertência de atos prejudiciais. Caracteriza-se pelo mínimo que um legislador deve ter de cuidado, o que se estabelece como um dever moral, ao elaborar uma nova lei, entre diversas outras situações. Esta moralidade acaba por desenvolver condutas que devem ser tomadas de forma afirmativa por natureza como: fazer uma lei ser conhecida, coerente, clara, etc. (FÜLLER, 1969, p. 41-42).

Na verdade, esta moralidade interna limita o legislador, ou melhor dizendo, o criador do direito positivo. Limitação esta que, do ponto de vista de Lon Füller, atua até "o ponto de existir a possibilidade de revogar o poder normativo quando o órgão ou o sujeito que o sustenta o tenha exercido com abusos, ou seja, violando os requisitos da moralidade interna do Direito" (ALDAY, 2000, p. 307). De outra parte, argumenta Rafael Escudero Alday que:

> A *moralidade externa* do Direito está diretamente ligada aos resultados materiais que o próprio Direito se propõe a alcançar. Assim, a moralidade interna do Direito não esgota todo o universo da moralidade, posto que as questões relativas à dimensões materiais ou de conteúdo permanecem à margem dela. Desta forma, o aborto ou o suicídio, não são tarefas que podem se realizar como afronta à moral interna do Direito, alcançando outra instância também moral. Tal instância, que na opinião de Füller, recebe o qualificativo de "moralidade externa do Direito". (ALDAY, 2000, p. 327).

Ademais, de acordo com Lon Füller, na relação que existe entre as moralidades do direito e sua diferenciação, esclarece o jusfilósofo que esta é interna ao direito quando se trata do respeito necessário para alcançar o seu propósito. Em outro prisma, "é externa, posto que guarda relação com os fins e objetivos concretos que podem chegar à perseguir em cada sistema jurídico, mas com o propósito intrínseco do mesmo" (FÜLLER, 1969, p. 96).

Porém, é inegável alicerçar que os elementos da moralidade interna do direito são condições necessárias de um sistema jurídico, que se articulam através de regras jurídicas expressas, e que por isso, gozam de pleno caráter jurídico. Destarte, é relevante afirmar que se tratam de normas que estabelecem deveres aos sujeitos competentes para criar e aplicar normas jurídicas. "Deveres cujo cumprimento poderia consistir não somente na abstenção de certos atos, mas também na

realização de outros" (ALDAY, 2000, p. 389). Todavia, o respeito pela moral interna do direito vai encaminhar o sistema jurídico até determinados conteúdos externos de moralidade, vinculados à ideia de justiça. Conclui-se, pois, que "um sistema jurídico que respeita a moral interna do Direito é um sistema jurídico justo" (ALDAY, 2000, p. 393).

Por fim, a contraposição ao positivismo jurídico sob a luz da teoria de Lon Füller expõe o real propósito do pensamento jurídico-filosófico daqueles que nele atuam ou pretendem atuar em conformidade com as leis. Importa observar, que a moralidade do direito assinalada por Lon Füller aproxima da ideia de "extrema injustiça" de Gustav Radbruch e Robert Alexy, ou mais exatamente da ideia de direito não comportar "extremas injustiças", sob pena de não ser verdadeiro conteúdo de direito. Aclarando melhor, Lon Füller sublinha que no lugar de dizer "isso é tão diabólico que não pode ser uma lei" (FÜLLER, 1958, p. 661), alguém poderia dizer, "isto é produto de um sistema tão alheio à moralidade do direito que não é merecedor de ser chamado uma lei" (FÜLLER, 1958, p. 661). Conclusivamente, "o positivismo jurídico baniu da ciência jurídica qualquer consideração a respeito dos fins morais do direito" (FÜLLER, 1958, p. 651), sendo amplamente indiferente ao que o jusfilósofo chama de moralidade interna do direito.

4.4.2 Ronald Dworkin

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, iniciou-se um movimento de "superação" do positivismo jurídico, que buscou incorporar ao ordenamento jurídico os mais altos valores morais da sociedade, aproximando o direito da moral e da justiça. Deliberadamente, Ronald Dworkin se opunha à ideia positivista de que o direito seria formado unicamente por normas, chamando a atenção para o papel importante desempenhado por outros elementos dos sistemas jurídicos nas decisões judiciais, quais sejam, os princípios e as diretrizes políticas.

Ao se examinar as consequências do positivismo jurídico em Ronald Dworkin, chega-se ao seguinte questionamento: se o direito não é senão o conjunto das normas assim identificadas por uma regra, disso decorreria que, quando nenhuma dessas normas estabelecesse claramente a consequência jurídica de um certo fato, haveria uma lacuna no direito? De maneira assertiva, é nítido verificar que as normas não podem prever todos os casos possíveis, frequentemente há situações

em que nenhuma norma fornece uma solução clara para o caso submetido a julgamento. Nesse sentido, as teorias positivistas, segundo Ronald Dworkin, baseiam-se na ideia de incompletude do ordenamento jurídico. A posição extremada de repúdio ao sistema positivista é vislumbrada por Ronald Dworkin da seguinte forma:

> Minha estratégia está organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o *positivismo* é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras. (DWORKIN, 2007a, p. 35-36).

Incontestavelmente, Ronald Dworkin chama a atenção para a atividade judicial em última análise. A preocupação do jurista estadunidense reside no fato de haver necessidade de uma resposta jurídico-estatal precisa diante de uma situação fática e controvertida, ou aquilo que ele mesmo denomina como um “caso difícil” (*hard case*). No entanto, rechaça veementemente a tese de que os juízes estariam autorizados a criar novos direitos diante destes já citados “casos difíceis” que não dispunham de regras jurídicas que lhes conformassem imediata solução.

Em uma perspectiva não-positivista, Ronald Dworkin propôs, em sua filosofia, o encontro entre direito e moral. Para tanto, indicou um novo paradigma cuja rota não passava pela estratégia de um certo reconhecimento retroativo de estrutura existencial que limitava o direito a contornos quase que geometricamente definidos e de forma previsível, mas sim para “um modelo cuja solução enxergava nos direitos individuais e na integridade da justiça uma prática social a ser exercitada e alcançada” (DWORKIN, 2007a, p. 64-65). Ainda assim, afirma Ronald Dworkin que “Argumentar juridicamente significa trazer à luz problemas jurídicos relevantes [...] numa vasta rede de princípios derivados da ordem jurídica ou da moralidade política” (DWORKIN, 2007a, p. 4).

No que pese aos contornos de sua teoria, o direito para Ronald Dworkin consiste em um fenômeno social complexo, e esta característica, aliada a sua função e consequências, passa a exigir “uma característica especial de sua estrutura” (DWORKIN, 2007b, p. 17). E nesse caso, a prática do direito é

argumentativa. Assim esclarece Ronald Dworkin:

> Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições. Os povos que dispõem de um direito criam e discutem reivindicações sobre o que o direito permite ou proíbe, as quais seriam impossíveis - porque sem sentido - sem o direito, e boa parte daquilo que seu direito revela sobre eles só pode ser descoberta mediante a observação de como eles fundamentam e defendem essas reivindicações. Esse aspecto argumentativo crucial da prática do direito pode ser estudado de duas maneiras, ou a partir de dois pontos de vista. Um deles é o ponto de vista exterior do sociólogo ou do historiador, que pergunta por que certos tipos de argumentos jurídicos se desenvolvem em certas épocas ou circunstâncias, e não em outras, por exemplo. O outro é o ponto de vista interior daqueles que fazem as reinvindicações. Seu interesse não é, em última análise, histórico, embora possam considerar a história relevante, é prático, exatamente no sentido que a presente objeção ridiculariza. (DWORKIN, 2007b, p. 17-18).

Como visto até então, o não-positivismo pode ser analisado como o movimento do direito que busca superar o positivismo, sobretudo, através de uma reaproximação do direito com a filosofia, com a ética, com a ciência moral e com a justiça. Nesse passo, Ronald Dworkin não rechaça a concepção tradicional de que tanto a “moral” quanto o “direito” “designam esferas de pensamento em princípios distintas, ainda que talvez interdependentes em diferentes sentidos” (DWORKIN, 2010, p. 51). Indubitavelmente, argumenta Ronald Dworkin que “poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela” (DWORKIN, 2010, p. 51). Então, a sugestão apontada por Ronald Dworkin em paralelo ao observado por Robert Alexy e Gustav Radbruch acerca da interrelação entre direito e moral, empregando o vocabulário clássico seria:

> Porém, a mudança que recomendo organizaria nosso tema de modo a torná-lo mas facilmente compreensível. Ela nos estimularia a considerar as questões de teoria do direito como questões morais a respeito de 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. Deixaríamos de duvidar que a justiça tem um papel a desempenhar na determinação do que é direito. Poderíamos, então, nos concentrar na questão mais complexa e importante de saber, exatamente, que papel é esse. (DWORKIN, 2010, p. 51).

Sendo assim, “a questão mais importante é saber se e como a moral é pertinente para decidir quais proposições de direito são verdadeiras, e não o modo como rotulamos quaisquer princípios morais que consideramos importantes”

(DWORKIN, 2010, p. 8). Nesse sentido:

> A moralidade política, pensava ele, encontra-se no bem maior para o maior número, e a melhor maneira de assegurar que isso aconteça não é por meio das diferentes decisões coercitivas ou políticas tomadas por diferentes autoridades com base em seus julgamentos imediatos e divergentes, mas sim por meio de esquemas políticos detalhados cujas consequências complexas podem ser objeto de um cuidadoso estudo preliminar, e que podem ser formulados detalhadamente, de preferência em complexos códigos jurídicos, e aplicados ao pé da letra. Somente desse modo se podem resolver os enormes problemas de coordenação com que se depara o governo de uma sociedade complexa. O positivismo jurídico é um resultado natural dessa compreensão do ponto fundamental e do verdadeiro valor da legalidade. Para ele, quando se incluem critérios morais entre os critérios judiciais, a legalidade torna-se objeto de concessões ou vai sendo destruída aos poucos porque 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: a desorganização resultante não produzirá utilidade, mas caos. (DWORKIN, 2010, p. 247).

Finalmente, a solução desses problemas dependeria do abandono ao dogma básico do positivismo, aquele segundo o qual o direito se constitui de um conjunto de normas que podem ser reconhecidas por um critério formal, separadas, assim, de outros padrões sociais ou morais. Saliente-se que segundo Oscar José Echenique Magalhães e José Antônio Rego Magalhães, o que Ronald Dworkin propõe depende de uma certa união “entre o mundo das normas jurídicas e o mundo da moralidade em geral, ao contrário da separação absoluta entre os dois mundos que sempre caracterizou o positivismo” (MAGALHÃES; MAGALHÃES, 2013, p. 1.088).

4.4.3 Gustav Radbruch

Muitos foram os autores que, com razão, criticaram as teses positivistas, mas um em especial levou a cabo, com a sua filosofia do direito, uma mudança de paradigma de todo o sistema jurídico. Na literatura sobre Gustav Radbruch surgiu uma grande controvérsia se na sua vida e especialmente na sua filosofia jurídica existiu uma “ruptura”, ou se a transformação nele ocorrida e nunca por si negada, foi apenas uma expressão clara de um desenvolvimento contínuo e ininterrupto. O grande questionamento levantado é o seguinte: tornou-se o outrora “positivista” Gustav Radbruch um “jusnaturalista” sob o impacto do Estado de “não-direito” do nacional socialismo?

Sem dúvida, há passos na teoria radbruchiana com as quais se poderia

comprovar tal ruptura, mas também se pode, sem dificuldade, invocar citações em sentido contrário. Em Gustav Radbruch “não se pode conceber nenhuma justificação para a vigência do direito manifestamente injusto” (RADBRUCH, 1914, p. 171). Da mesma forma, ainda sob o influxo do Estado de “não-direito”, Gustav Radbruch não se desligou totalmente do positivismo jurídico. Por sua vez, ele nunca sacrificou a segurança jurídica, como uma parte constitutiva da ideia de direito a um vago pensamento jusnaturalista. Conforme Arthur Kaufmann:

> Não há a menor indicação de que Radbruch alguma vez tenha pensado na renovação da ideia “clássica” do direito natural, de acordo com a qual se poderia deduzir todo um sistema de proposições jurídicas objetivas e sempre verdadeiras a partir de um conceito de natureza substancialmente pensado. O que ele considera e reconhece como direito natural são, como já em Feuerbach, certos direitos subjetivos do homem que, muito embora históricos, são dados prévios e indisponíveis para o legislador histórico, portanto, no essencial, aquilo a que nós chamamos Direito Humanos e Fundamentais. (KAUFMANN, 2004, p. 64).

Nesse aspecto, essa determinação conceitual não se obteve indutivamente a partir das manifestações jurídicas individuais, mas derivou-se dedutivamente da ideia de direito. De maneira significativa, Gustav Radbruch construiu uma ponte que ultrapassou as posições antagônicas de outrora, e a sua filosofia se vista em termos globais, retirando-se arbitrariamente as afirmações isoladas, situa-se para além do positivismo e do direito natural. De acordo com Arthur Kaufmann, esta ponte é construída racionalmente por Gustav Radbruch para a delimitação do conceito de direito:

> No *direito natural clássico*, o “direito” é equiparado ao valor jurídico absoluto, à justiça. Para o conceito de *direito positivista* o conteúdo não desempenha papel absolutamente nenhum; mesmo o direito injusto está abrangido neste conceito de direito, desde que seja produzido de maneira formalmente correta. (KAUFMANN, 2004, p. 64).

Para Gustav Radbruch, o direito, que é parte da cultura, está referido a valores, ou seja, “é a realidade que tem por sentido servir à justiça” (KAUFMANN, 2004, p. 64). Entende-se, pois, que o conceito de direito radbruchiano, pelo qual se ateve durante toda a sua vida sem qualquer alteração, não seguiu nenhuma destas duas direções explicitadas por Arthur Kaufmann, mas representa, de fato, uma “terceira via”. A abrangência de tal conceito é notável por duas razões. Em primeiro lugar, não é positivista, pois o conceito de direito positivista limita-se a afirmar que o direito é um conjunto de normas de conteúdo arbitrário promulgadas de modo

formalmente correto, ou seja, o direito “em si” é apenas uma designação de conjunto para normas legais. Em segundo lugar, o conceito de direito não é jusnaturalista, pois o “direito justo” não é equiparado sobremaneira ao valor jurídico absoluto, à justiça, ou seja, “os valores em si pertencem apenas ao mundo ideal, não ao real, segundo a concepção axiológica de Gustav Radbruch” (KAUFMANN, 2004, p. 64-65).

Pois bem, foi através da definição de direito a uma teoria da justiça que Gustav Radbruch desenvolveu especificamente os conteúdos da justiça. Na verdade, a teoria da justiça criada pelo jusfilósofo parte do fato de que o princípio da igualdade vale em termos absolutos, a um caráter meramente formal. Por outro lado, a este princípio deve ser acrescido um outro princípio material, aquilo que ele chama de uma ideia-fim (adequação a fins - valores - historicamente determinados por uma sociedade). E por último, um outro princípio material, a segurança jurídica (condição de funcionalidade autoritativa). Por estas razões, mais uma vez, conclui-se que a doutrina de Gustav Radbruch não é positivista, a uma porque também são incluídos valores, pagando, contudo, o preço pelo relativismo, e a dois, porque ela não é jusnaturalista, pois não se deduz um direito “absolutamente justo” (KAUFMANN, 2004, p. 66) a partir da ideia de direito.

Como bem empreendeu o jusfilósofo, “[...] o modelo do moralmente bom se expressa em um homem ideal; o modelo da justiça, em uma ordem ideal da sociedade” (RADBRUCH, 2010, p. 48). Em vista disso, explica Gustav Radbruch que:

> Moralidade e legalidade não significam, por conseguinte, uma diferença dos modos de obrigação, mas precisamente que só a norma moral tem na vontade um substrato obrigacional, enquanto o substrato do direito, a conduta, exclui por necessidade conceitual a obrigacionalidade; portanto, não é senão uma mera distinção dos substratos o fato de que tão-somente a moral tem por objeto o indivíduo com as suas motivações, e o direito, em contrapartida, a vida em comum, na qual se apresenta unicamente a conduta externa (e a interna apenas indiretamente) do indivíduo, mas não as suas motivações como tais. [...] A relação entre ambos os domínios de normas reside muito mais no fato de que a moral, por um lado, é o fim do direito, e, por outro, exatamente por isso, é *fundamento* de sua validade obrigatória. Só a moral pode fundamentar a força obrigatória do direito. Dos preceitos jurídicos enquanto imperativos, manifestações da vontade, pode derivar-se talvez um dever (*Müssen*), como foi mostrado, mas jamais um dever ser (*Sollen*). Pode-se falar somente de normas jurídicas, de dever ser jurídico, de validade jurídica e de deveres jurídicos quando o imperativo jurídico for abastecido pela própria consciência com a força de obrigação moral. Somente nas considerações posteriores do problema da validade pode-se desvanecer a aparência de que a fundamentação da validade jurídica pela moral torne essa validade dependente, em sentido

> jusnaturalista, da justeza do direito, dependente, em sentido anarquista, de seu reconhecimento pela consciência individual. Deve-se mostrar aqui que, por meio dessa concepção, de modo algum destrói novamente a separação de conteúdo conquistada entre o direito e a moral, incorporando o direito como uma simples parte da moral e convertendo a norma jurídica em uma norma moral de conteúdo determinado. (RADBRUCH, 2010, p. 62-66).

Naturalmente, muitos críticos duvidaram da existência de um "sistema" na filosofia do direito estabelecida por Gustav Radbruch. De fato, o que deve ser considerado é que o jusfilósofo não expôs um "sistema fechado" ao modo do direito natural e do direito positivo, mas sim um "sistema aberto" para a compreensão do saber jurídico-filosófico. Não se pode negligenciar a respeito dos avanços trazidos por Gustav Radbruch à ciência do direito, principalmente por ter realizado uma tarefa tão importante na redescoberta racional das contradições últimas que, em face da finalidade do direito, concedeu maior independência à justiça.

4.4.4 Robert Alexy

Não é demasiado referir que, em Robert Alexy, o positivismo jurídico[73] é discutido na maioria das vezes, como problema de uma conexão classificadora entre direito e moral. Diante das complexidades em mostrar que o positivismo jurídico não tem razão no ponto decisivo, é que Robert Alexy defende uma conexão necessária entre direito e moral, em relação à qual o positivismo jurídico falha enquanto teoria abrangente do direito. Sobre essas bases, é possível apontar uma legitimidade limitada do positivismo, pois a tese da separação é difundida no sentido de que o conceito de direito deve ser definido sem a inclusão de elementos morais, não só em algumas formas de uso, mas em todos os usos. Nesse sentido, explica Robert Alexy:

> Por isso um *positivista* deve, se ele quer defender sua versão universal da tese da separação com chance de êxito, formular duas afirmações. Em primeiro lugar, ele deve contestar, em um nível analítico, toda conexão conceitualmente necessária entre direito e moral e, em segundo lugar, afirmar, em um nível normativo, que os melhores motivos justificam uma definição que não considera a moral. Por outro lado, um *não-positivista* defende sua tese da conexão como êxito se ele refuta uma dessas duas afirmações. Ele refuta a primeira afirmação se puder mostrar que há alguma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral. Tentar isso, dado

[73] Traduzido a partir do original em alemão "*Zur Kritik des Rechtspositivismus"*, publicado originalmente em *"Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts. Vorträge der Tagung der deustschen Sektion der internationalen Vereinigung f. Rechts und Sozialphilosophie"* (DREIER, 1990, p. 9-26).

> o peso de argumentos conceituais, é especialmente atrativo. (ALEXY, 2014c, p. 245).

Sob o prisma enriquecedor da possibilidade do estudo do direito não-positivo em Robert Alexy, deve-se salientar que tais construções conceituais só podem ser justificadas do ponto de vista definitório, através de argumentos normativos ou de considerações de conveniência. Porém, importa observar, que não se está afirmando que "o conceito de direito é aberto a todos os sentidos, o que significaria que, com base em considerações normativas, basicamente qualquer fixação do seu significado pode ser feita" (ALEXY, 2014c, p. 244). Todavia, a questão sobre a relação entre direito e moral pode ser posta de duas maneiras: uma positiva e uma negativa. A esse respeito, assinala Robert Alexy que:

> Trata-se do aspecto positivo do tema quando se discute se existe, deve-se existir ou dever-se-ia existir uma correspondência de conteúdo entre normas de direito e da moral e se é tarefa do direito garantir o comportamento moral[74]. O aspecto negativo é abordado quando a questão é se normas estabelecidas em conformidade com o ordenamento e/ou normas socialmente eficazes perdem seu caráter jurídico ou sua validade jurídica quando elas ofendem normas morais[75]. Esse é o problema do positivismo jurídico em sentido estrito e próprio. (ALEXY, 2014c, p. 271).

A verdade é que Robert Alexy, na defesa de um conceito de direito não-positivista, apresenta vários argumentos analíticos e normativos, a distinção de normas isoladas, sistema jurídico, norma e procedimento para a fundamentação de sua tese. Dentre tais argumentos, cada um com sua especificidade, podemos citar os seguintes: argumento da correção, argumento linguístico, argumento da clareza, argumento da efetividade, argumento da segurança jurídica, argumento do relativismo, argumento da democracia, argumento da inutilidade e o argumento da honestidade.

No que concerne ao presente estudo, tem peso especial aqui a necessidade de um conceito de direito não-positivista depois do colapso de um Estado injusto. Porém, no âmbito das "injustiças extremas" a refutação de uma série de objeções depende da possibilidade de se fundamentarem racionalmente algumas exigências morais mínimas. Isso pode ser verificado no seguinte questionamento: deve o juiz

---

[74] Sobre esta nota característica, conferir em Günther Patzig: "*Moral und Recht"*, in: "*Ethik ohne Metaphysik",* Günther Patzig (PATZIG, 1983, p. 7 ss.).

[75] Aqui é empregado um conceito de direito que inclui a validade jurídica. Por isso, só se falará principalmente no caráter ou no conceito de direito. Para tanto, conferir Robert Alexy: "*Zur Kritik des Rechtspositivismus"* (ALEXY, 1990, p. 12).

produzir decisões que se baseiam em “injustiças extremas” e constituem “injustiça extrema”? Ora, segundo Robert Alexy:

> Poder-se-ia dizer que o juiz deve fazer isso para provocar o legislador a promulgar leis retroativas. Mas isso significaria, em inúmeros casos, especialmente no direito civil, que, a fim de que o legislador reagisse, seria imposta aos cidadãos atingidos uma decisão a eles desfavorável, que se baseia em injustiça extrema e que é extremamente injusta. Desse modo o cidadão seria duradoura ou temporariamente tratado como meio para provocação da atividade legislativa. Isso não é compatível com seus direitos fundamentais. Isso já mostra que a menção a uma mera possibilidade de uma lei retroativa não é suficiente para demonstrar a inutilidade do emprego de um conceito de direito não-positivista. Quando o legislador não faz uso dessa possibilidade e quando a injustiça legal não pode ser considerada, a partir do novo direito constitucional válido, insignificante para a decisão que se aguarda, o emprego do conceito de direito não-positivista é útil para preservar os direitos fundamentais do cidadão. (ALEXY, 2014c, p. 296).

Por conseguinte, ao se colocar em cheque o direito dos cidadãos, Robert Alexy se apoia na pretensão de correção[76], afirmando que “toda decisão judicial levanta, como explicado acima, necessariamente uma pretensão de correção” (ALEXY, 2014c, p. 296). Nesse sentido, é possível afirmar que uma decisão que se baseia em uma “injustiça extrema” e constitui “injustiça extrema” não alcança essa pretensão de correção. Além disso, permanece definitivamente válida para Robert Alexy a ligação inevitável entre direito e moral, tendo em face a isso o argumento determinante para a crítica dirigida ao positivismo jurídico e à sua tese da separação conceitual entre direito e moral.

Importa salientar também, que não há nada no positivismo jurídico, ao menos no de caráter normativista, que se possa acreditar que quando a norma jurídica deixa espaços livres para a decisão judicial, o juiz possa raciocinar somente em termos de estratégia, poder ou interesse. Como bem assinala Robert Alexy, não é válido que nessa situação de liberalidade ou discricionariedade deixada pelo direito positivo o juiz lance à sorte sua decisão. A esse respeito, esclarece Juan Antônio García Amado:

> Nesse caso, ele é obrigado a argumentar e não vale como argumento, não

[76] Deve ser entendida como um elemento moral-discursivo que dá legitimidade às decisões judiciais, ou seja, é antes de mais nada uma pretensão de justiça. Segundo Robert Alexy “a pretensão de correção que se coloca nos discursos jurídicos se distingue claramente da do discurso prático geral. Não se pretende que o enunciado jurídico normativo afirmado, proposto ou ditado como sentença seja só racional, mas também que no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado. Isso se refere exatamente ao que deve ser esclarecido no âmbito de uma teoria do discurso jurídico” (ALEXY, 2011, p. 211-212).

> se admite enquanto tal, dizer que lançou uma moeda e saiu cara. Tampouco lhe adianta alegar ter optado pela decisão que mais convinha aos seus interesses pessoais ou ao seu sucesso egoísta. Por quê? Porque mediante a exigência de motivação se quer excluir a arbitrariedade judicial, fazendo com que o juiz tenha que dar suas razões e mostrar que elas não são simplesmente as suas - ou as do azar, que sequer são razões -, mas que podem ser convincentes ou, ao menos, razoáveis ou admissíveis para um observador imparcial. Mas, por terem que resultar admissíveis ou convincentes para um observador imparcial, deverão ser razões jurídicas? Existe em uma decisão mais razões aceitáveis do que as razões jurídicas? Tem que necessariamente ser direito toda pauta decisória que preencha as insuficiências regulativas do direito positivo? (AMADO, 2012, p. 60).

No entanto, diante de tais questionamentos, conclui-se que essa moral faz parte do próprio direito e que essas razões morais são também razões jurídicas pelo fato de concorrerem dessa maneira nos fundamentos da decisão judicial. Ademais, conforme alude Juan Antônio García Amado, “a decisão de que a moral - seja a moral objetivamente verdadeira ou a moral racionalmente fundamentável - faz necessariamente parte do direito” (AMADO, 2012, p. 61). Logo, verifica-se que essas normas morais não seriam ao mesmo tempo jurídicas ou razões jurídicas por afluir na decisão judicial, mas sim porque se decide de antemão que a “moral é parte do direito” (AMADO, 2012, p. 61).

Em Robert Alexy, tanto as normas morais quanto as normas jurídicas tratam das questões de justiça. Em verdade, o que o jusfilósofo está defendendo não é a “vinculação entre o direito e a moral, mas entre o direito e a razão prática objetiva, à margem da qual está o procedimento para averiguação dos conteúdos dessa razão prática normativa” (AMADO, 2012, p. 62). Todavia, a pretensão de correção deve ser considerada pretensão de correspondência com esse padrão objetivo ou objetivável na medida em que se identificar os critérios racionalizantes para sua correta aplicação. Veja-se que a contribuição de Robert Alexy para o argumento da injustiça é, por sua vez, relacionado a normas individuais ou a sistemas jurídicos como um todo.

Portanto, é praticamente impossível sair da circularidade do raciocínio de Robert Alexy e de sua maneira de expor como prova o que é pressuposto de sua teoria, ainda mais quando “o problema do positivismo jurídico leva, assim, ao problema metaético da fundamentabilidade de julgamentos morais” (ALEXY, 2011, p. 66). Enfim, se existem julgamentos de justiça racionalmente fundamentáveis, torna-se evidente a seguinte proposição: “quanto mais extrema a injustiça, mais segura é a sua recognição” (ALEXY, 2009a, p. 63).

4.5 Perspectivas gerais sobre o não-positivismo jurídico: análise performativa sobre a injustiça extrema

Em relação a breve explanação das teses não-positivistas delineadas pelos autores supracitados, posições muito distintas foram evidenciadas, mas nenhuma delas expurgou o vínculo existente entre a moral e o direito. Em verdade, o não-positivismo jurídico propõe uma solução para o legado deixado pelo positivismo jurídico, que não resolveu o problema da determinação do conceito de direito no caso concreto, e também o dilema envolvendo o poder discricionário do julgador. Para os autores que defendem um conceito de direito não-positivista, é crucial a promoção do reencontro da ética e da moral com o direito, por meio de um conjunto de ideias difusas, inovando sua aplicação sem substituí-lo, e combatendo, em linhas gerais, o poder discricionário pregado por autores como o normativista Hans Kelsen e também por H. L. A. Hart, sem, contudo, voltar ao legalismo mecanicista da Escola da Exegese e a fazer uso dos metafísicos preceitos da escola jusnaturalista.

Não é demasiado referir que na aplicação do direito, tanto as regras como os princípios desempenham um papel essencial, sendo as regras expressadas por um "dever ser" definitivo ou real, e por outro lado, os princípios por um "dever ser" *prima facie* ou ideal[77]. O simples fato de a determinação do direito não ser apenas um mero ato passivo de subsunção, mas um ato de tamanha conformação, em que intervém o aplicador do direito, significa que o direito não é algo simplesmente substancial, mas existe nas relações dos homens entre si e com as coisas.

De alguma forma, a superação do positivismo não significa, no entanto, um regresso, mas a abertura a novas possibilidades de fundamentação racional do direito. Pensar a respeito do não-positivismo jurídico é desde logo uma tarefa complexa, onde exige do hermeneuta uma maior racionalização de processos e/ou procedimentos jurídicos. A aplicação do direito não é apenas uma conclusão silogística, pois ao se descrever o método como um processo planejado e racionalmente refletido, que tem por fim o conhecimento de um objeto, depara-se a partir de então com dificuldades a propósito da caraterística essencial deste próprio objeto no sistema jurídico.

---

[77] Sobre esta nota característica, conferir em Robert Alexy: "*Ideales Sollen"*, in: "*Grundrechte, Prinzipien und Argumentation"* (ALEXY, 2009b, p. 21-33).

A realidade deveras poderá encobrir as teorias do direito. Isso é extremamente relevante do ponto de vista do aplicador da norma, o que dirá então em relação ao observador e receptador da norma. Naturalmente, o caráter de incompletude da lei é visto pelos juristas como um defeito, sendo que, em alguns casos, fazem de tudo para remediar este defeito numa avalanche legislativa sem igual. Há quem se pronuncie seriamente contra as "tendências juridificadoras" (VOIGT, 1983), e há aqueles que estão dispostos a discutir e argumentar num sistema realmente aberto. Diante do problema da aplicação da "lei injusta", Arthur Kaufmann chama a atenção para alguns critérios que devem ser observados na busca de uma "terceira via", para além do direito natural e do positivismo jurídico:

> Segundo o positivismo jurídico, o direito não está predeterminado, ou pelo menos os conteúdos jurídicos preexistentes não são cognoscíveis, sendo portanto arbitrário o conteúdo do direito. Diferentemente, os defensores de uma "terceira via" defendem: que de fato não estão preestabelecidos todos os concretos conteúdos jurídicos, mas apenas certas estruturas, princípios, ou, então, apenas negativamente nos termos do "argumento de injustiça", que em caso algum vale uma manifesta injustiça legal: e que além disso não existe qualquer vinculação absoluta a conteúdos objetivos ("natureza"), mas antes uma vinculação apenas relativa, ou, melhor, relacional, no interior de determinadas relações (quando se quer regular, por exemplo, a relação jurídica de "compra e venda", não se pode dispor livremente dos papeis do comprador e do vendedor). Nos pormenores há múltiplas orientações. Aqui apenas se podem apresentar algumas destas tentativas de uma "terceira via": a filosofia do direito de Gustav Radbruch, a hermenêutica jurídica, a teoria da argumentação jurídica, a teoria dos "*General Principles of Law*" e, de forma muito sucinta, os "*Critical Legal Studies*". (KAUFMANN, 2004, p. 62).

Pois bem, a questão colocada por Arthur Kaufmann parte do pressuposto irrefutável de que é inútil almejar uma "justiça objetiva" do direito fora do processo hermenêutico de compreensão. Somado a isso, esclarece Werner Maihofer que o pensamento hermenêutico não significa ficar preso às circunstâncias do momento, mas viver da "herança" da tradição como "base comum do mundo aberto em que encontramos, como patrimônio adquirido de conhecimentos comuns a partir do qual vivemos" (MAIHOFER, 1963, p. 44). Nesse sentido, a hermenêutica parte do sentido de "que quem queira compreender, está ligado àquilo que é transmitido e está ou entra em contato com a tradição donde provém o que é transmitido" (GADAMER, 1990b, p. 279). E mais, contra todos os racionalistas formais deve ser dito uma vez mais que, "entre tradição, assim entendida, e razão, não existe nenhuma oposição"

(GADAMER, 1990a, p. 265).

Outra análise possível em relação à defesa de um conceito de direito não-positivista está intimamente ligada ao fato de que há regras de preferência de diferentes níveis, ligadas ou não a critérios puramente racionais. Há vários argumentos que fundamentam os juízos jurídicos, sendo possível identificar a garantia da segurança jurídica ou da justiça, a ponderação das consequências, o sentimento jurídico, a praticabilidade, a harmonia jurídica, dentre outros. O cerne da discussão metodológica sobre tais argumentos limita-se a alguns pontos de vista que caracterizam a própria teoria da argumentação jurídica, como bem idealizado por Robert Alexy.

Por tal motivo, deve o não-positivismo jurídico preocupar-se com processos e/ou procedimentos (total ou parcialmente) racionais, ainda que tenha que lidar com o irracional da forma mais racional possível. Não deve apresentar em momento algum um obstáculo à descoberta da verdade, mas sim um importantíssimo pressuposto para se chegar à verdade. Certamente, não uma verdade somente no aspecto objetivo, mas uma verdade para além dos pressupostos da razão objetiva e meramente formal. Dito de outro modo, o não-positivismo jurídico possibilita ao hermeneuta a inclusão do direito no processo de constituição intersubjetiva de uma decisão "correta" (NEUMANN, 1998, p. 56).

Para tornar compreensível tal questionamento, esclarece Ronald Dworkin que H. L. A. Hart apenas reconhece como obrigatórias as "*rules*[78]", e que nem sempre são exatas, deixando "zonas de penumbra", isto é, suas margens são "vagas". A novidade está em que Ronald Dworkin não admite apenas "*rules*", mas também "*general principles of law*[79]", os quais em contraste com as concepções positivistas, são consideradas vinculantes e com efeito para todos os órgãos estaduais: executivo, legislativo e judiciário. Seja como for, dada a distinção entre "*principles*" e "*rules*", o conceito positivista de direito é sem dúvida afastado. A esse respeito, explica Arthur Kaufmann o seguinte:

> Dworkin vê a diferença entre "*rules*" e "*principles*" no fato de aquelas terem uma função de tudo-ou-nada não deixando por isso qualquer espaço de livre apreciação, enquanto que estes possuem uma dimensão de peso e importância. [...] Segundo Dworkin o juiz deve ter em consideração os

[78] O termo em inglês "*rules*" traduzido para o português significa "regras" (PARKER; STAHEL, 1998).
[79] O termo em inglês "*general principles of law*" traduzido para o português significa "princípios gerais do direito" (PARKER; STAHEL, 1998). Ronald Dworkin menciona, sobretudo, três valores fundamentais: justiça, *fairness* e Estado de direito (KAUFMANN, 2004, p. 76).

> "*general principles of law*" sobretudo na interpretação dos "*hard cases*". Ele está convencido de que só pode haver uma única solução correta para cada caso. Certamente, está ciente do fato de que, para a determinação desta única solução correta, tem de se pressupor um jurista com capacidades sobre-humanas (Dworkin chama-lhe Hércules[80]), para quem nunca existe escolha livre, discricionariedade. Este Hércules é evidentemente uma ficção, mas Dworkin exige que o juiz no exercício da sua faculdade de julgar tome em consideração os "*general principles*", pelo menos para o esclarecimento das "zonas de penumbra". (Segundo Hart, esta teoria devia ser tomada totalmente a sério e Dworkin deveria ser apontado como "*the noblest dreamer of them all*[81]"). (KAUFMANN, 2004, p. 76-77).

Pode-se dizer, então, que um dos muitos problemas que surge é o de se saber se os princípios gerais do direto não serão demasiado abstratos e pobres na análise de conteúdo para que se possa chegar a concretas decisões jurídicas corretas a partir de seu objeto. Contudo, em contraposição a tal análise, ainda insistem alguns teóricos do discurso, tais como Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas, em uma "fundamentação última" dos chamados juízos normativos, parecendo ignorar o relativismo axiológico exposto por Gustav Radbruch. Apesar disso, tem também quem defenda o movimento do "*Critical Legal Studies*[82]", cujo objetivo é rejeitar "a pretensão da dogmática jurídica de ser um método autônomo de determinação do direito e entende este como um conglomerado de regras sociais" (KAUFMANN, 2004, p. 78-79).

De qualquer modo, o ponto de partida para a construção de um sistema jurídico racionalizável deve embasar em um esforço e cooperação dos diversos atores sociais. Ora, mas como se deve entender isto na prática? Uma vez que o

---

[80] Sobre o "método hercúleo", conferir a obra de Ronald Dworkin: "Império do Direito" (DWORKIN, 2007b, p. 377-424).

[81] O termo em inglês "*the noblest dreamer of them all*" traduzido para o português significa "o mais nobre sonhador de todos" (PARKER; STAHEL, 1998).

[82] Optou-se por manter a expressão no original em inglês "*Critical Legal Studies*", conjugando e concordando em gênero e número no masculino e plural. Para a expressão, são correntes os usos: "Teoria Crítica do Direito" ou "Escola Crítica do Direito". O *Critical Legal Studies* (CLS) é um movimento jusfilosófico de esquerda surgido nos Estados Unidos na década de 1970, a partir da realização da *Conference on Critical Legal Studies*, sendo ligado, em especial, a professores das Universidades de Harvard (Cambridge) e Yale (New Haven), tendo se destacado na crítica ao liberalismo, ao positivismo e ao movimento do *Law and Economics*. Descendente do realismo jurídico, principalmente no que diz respeito à oposição ao formalismo e ao objetivismo, se relaciona com marxismo ocidental e ainda recebe influências do estruturalismo francês de Michel Foucault e Claude Levi-Strauss e do criticismo literário, quanto à subjetividade do intérprete. Surge no ambiente de contracultura e experimentalismo de esquerda dos Estados Unidos, num cenário de proliferação de protestos relacionados ao chamado choque de gerações do final da década de 1960. Nesse contexto, passa a propor alternativas possíveis ao liberalismo e ao marxismo, defendendo a existência de caminhos múltiplos a serem seguidos, sem levantar, portanto, a bandeira de uma terceira via dada a pluralidade e a contingência da própria realidade social. (FERNANDES; DAVID, 2015, p. 3-4).

sistema jurídico se reproduz, legitimando a si próprio, não interessa que a justiça se realize, mas sim que o sistema funcione, reduzindo ao máximo a complexidade social. Porém, mesmo que estas bases pressupostas do sistema jurídico não sejam refutáveis por si mesmas, terão de ser rejeitadas por razões pragmáticas, conforme os ensinamentos de Charles Sanders Peirce “pelos seus frutos a conhecereis” (PEIRCE, 1934, p. 204). Semelhante interpretação racional pode ser assinalada em Gustav Radbruch:

> O “direito” não é apenas a categoria que precede e está na origem de toda consideração jurídica, a maneira de pensar fora da qual não é possível se pensar nada como jurídico, mas é também a forma de cultura real que apreende e estrutura cada um dos fatos do mundo jurídico. Um novo impulso do direito nunca se realiza no vazio jurídico, mas antes pela reinterpretação de instituições jurídicas preexistentes ou pela inserção de novas instituições jurídicas num sistema jurídico dado, e em ambos os casos é construído na arquitetura de um poderoso edifício jurídico alterado tão-somente em alguns detalhes e de cujo estilo não se pode evadir. O conceito categorial do direito se expressa como uma realidade na forma cultural concreta do direito. (RADBRUCH, 2010, p. 128).

Em última análise, do breve exame das teorias trazidas pelos renomados autores não-positivistas, no que diz respeito especificamente à Gustav Radbruch, é possível afirmar que sua fórmula de compatibilização entre a positividade e a justiça, limita a aplicação do direito positivo, uma vez que este estaria submetido ao critério da “medida de justiça” enquanto medida do insuportável e da “não negação da igualdade” por ser o próprio núcleo da justiça. Como será analisado no próximo capítulo com mais propriedade, a fórmula radbruchiana (aplicada como “critério limitativo”) vai exatamente retirar o caráter jurídico de determinadas condutas que ultrapassam o “umbral da injustiça extrema[83]”. Todavia, de acordo com Fábio Henrique Araújo Martins, a fórmula radbruchiana “é um instrumento a ser utilizado em situações difíceis, em que se trata da eleição entre ‘dois males’, expressando em última análise na opção política por mais justiça material ou mais segurança jurídica” (MARTINS, 2011, p. 46).

[83] A expressão “umbral da injustiça” faz referência a uma fórmula usada por Gustav Radbruch para estabelecer a relação entre direito e moral apresentada por Robert Alexy em sua obra “Conceito e Validade no Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009”. Segundo Robert Alexy interessa aí saber se a violação de algum critério moral retira o caráter jurídico das normas de um sistema normativo ou do próprio sistema normativo. Uma resposta afirmativa a esta questão dependeria de se demonstrar que o caráter jurídico das normas ou dos sistemas normativos é afastado quando se ultrapassa um determinado “umbral de injustiça”. Essa tese da perda da qualidade jurídica em caso de ultrapassagem do “umbral da injustiça” é por Robert Alexy denominada de o “argumento da injustiça”. Para ele, a versão possivelmente mais conhecida do argumento da injustiça referido a normas isoladas se deve a Gustav Radbruch (JÚNIOR, 2001, p. 53).

Do exposto, em linhas gerais, o grande desafio em torno da “injustiça extrema” como debate principal em Gustav Radbruch será, de um lado, evitar uma absolutização dos valores, conducente a uma espécie de fundamentalismo jurídico; e de outro lado, resistir à tentação de uma “absolutização” do relativismo ético gerador dessa anomia que ora é presenciada nos sistemas jurídicos periféricos, a exemplo do nosso. A relevância desse debate reside, ao final, no reconhecimento da possibilidade de que a razão prática pode chegar a um consenso aberto e revisável sobre o fundamento dos valores morais e jurídicos que servem ao homem, não caindo em redundantes fórmulas abstratas e vazias. Contudo, da análise do presente capítulo, é possível concluir que a “injustiça intolerável” ou “injustiça extrema” a que Gustav Radbruch se refere, é aquela consistente em violentar sistematicamente os direitos humanos, os quais são expressões singulares da liberdade, da igualdade e da justiça.

5 ARBITRARIEDADE LEGAL X DIREITO SUPRALEGAL: A FÓRMULA TEÓRICA DE COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A POSITIVIDADE E A JUSTIÇA

Um estudo pormenorizado sobre a arbitrariedade legal e o direito supralegal em Gustav Radbruch são extremamente importantes do ponto de vista da prática jurídica e da teoria do direito. Nesse sentido, sempre se questiona se o grande dilema acerca da "injustiça extrema" deveria evidenciar situações concretas na qual o direito poderia ser relegado a um segundo plano. Tal questionamento é bastante intrigante, mas ainda que esta concepção seja de algum modo compreensível, ela não é de modo nenhum uma resposta aos problemas que são colocados na atualidade. Há interrogações várias que surgem em todos os tempos e em todas as culturas jurídicas, e que deveriam ser respondidas de modos diferentes ou de uma maneira mais racional.

De fato, para responder a essas perguntas, é interessante ressaltar que as normas de um regime injusto, normas essas estabelecidas conforme o ordenamento e socialmente eficazes, jamais podem autorizar medidas que atentem contra os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Nesse contexto, são justamente os estudos a respeito da fundamentação do direito como ponto de partida em Gustav Radbruch, que irão trazer indicações claras e concretas a respeito da forma como o direito e a justiça foram praticados ao longo da história.

De modo interessante, o direito opera com a norma e busca a verdade, seja lá o que essa "verdade" queira significar, ainda mais porque as palavras da lei são vagas e ambíguas, e isso pode ser verificado a partir da relação entre texto e norma. O desvelar a "injustiça extrema" em Gustav Radbruch orienta-se no sentido de superar a miséria jurídica herdada do nacional-socialismo, combatendo o arbítrio no pensamento jurídico através da ideia de um direito indisponível. Considerando a globalidade da teoria radbruchiana, torna-se claro que a sua posição estava para além do direito natural e do positivismo jurídico (o que se exige é a limitação da arbitrariedade na feitura e aplicação da lei).

As teorias jurídicas puramente formalistas tendem a tornar o direito um sistema axiomático, tornando-o insensível à dinâmica da vida. Por isso, logicamente, deve-se procurar a orientação em um sistema aberto, onde tanto as teorias da argumentação como a hermenêutica jurídica deixariam para trás tanto o direito natural como o direito positivo. Na base da atual discussão teórica, parafraseando, é

de se afirmar que o direito sem a argumentação jurídica poderia se tornar “vazio”, assim como o direito sem a hermenêutica jurídica seria “cego”. De maneira sugestiva, referenda Monteiro Lobato o seguinte:

> A ideia de justiça é criação puramente humana. Na natureza não há justiça, há lógica. A natureza não é boa nem má, justa ou injusta: é lógica. Vai ao fim cegamente colimado através de todos os óbices - e vai sempre pelo caminho mais curto. A linha curva é invenção humana. Fora do homem, há o ponto de partida, o ponto de chegada e a reta que os une. (LOBATO, 2008, p. 67).

Com efeito, a construção deste novo paradigma jurídico pressupõe um olhar que certamente transcende os limites do universo jurídico. E isso continua a ser o maior desafio dos juristas, principalmente em Gustav Radbruch. Vê-se com toda clareza, que o jusfilósofo não reivindica uma vinculação absoluta do direito à moral, para quem não pode existir uma "lei injusta", mas contrariamente a isso, reconhece explicitamente que as leis serão válidas ainda quando o seu conteúdo for injusto. Em vista disso, preleciona Gustav Radbruch que “a justiça não é o princípio completo, mas o princípio específico do direito, que nos dá a pauta para sua determinação conceitual” (RADBRUCH, 2010, p. 51).

No entanto, em meados do século XX, devido à experiência com o positivismo nazista, Gustav Radbruch desenvolveu uma teoria de proteção aos direitos fundamentais que levava em conta a ausência, pelo positivismo de então, de uma percepção de valores jurídicos que sustentassem o direito positivo em um sentido não dependente dos poderes (governos) constituídos eventualmente totalitários nem afeito ao dogma da unidade do ordenamento de modo prioritário. Na verdade, a tão referida fórmula radbruchiana foi criada em 1946, na tentativa de superar a separação entre direito e moral, defendida pelo positivismo jurídico e que, em sua concepção, teria propiciado ao regime nazista cometer seus atos de barbárie dentro da legalidade. Contudo, destaca-se que o jusfilósofo alemão jamais nomeou sua construção teórica de fórmula (este foi um trabalho da doutrina e da jurisprudência que, posteriormente, ocuparam-se de sua aplicação).

É digno de ênfase afirmar, que a publicação do texto Injustiça Legal e Direito Supralegal (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946) causou grande polêmica em sua época, principalmente porque evidenciava uma considerável modificação de posicionamento do autor, que antes da Guerra se dizia adepto do positivismo jurídico e, depois, passou a criticá-lo ferrenhamente, dentro de um

contexto que ainda era predominantemente positivista. Nesse aspecto, Gustav Radbruch acreditava que uma reflexão sobre o direito só seria autenticamente filosófica se escapasse da estagnação provocada pelos dogmas. Portanto, novas tensões invadiram o pensamento filosófico ao ponto de se questionar a aplicação do direito positivo naquela época.

Ainda assim, impressionado com as atrocidades cometidas pelos nazistas, Gustav Radbruch denuncia o positivismo jurídico como culpado pela situação de arbítrio implantada na Alemanha durante o nazismo (*Gesetz und Recht*, 1947), e busca uma fórmula teórica de compatibilização entre a positividade e a justiça - em Injustiça Legal e Direito Supralegal (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946) - depois de reconhecer que o positivismo jurídico, com sua afirmação de que "lei é lei" deixou os juristas alemães sem defesa contra leis arbitrárias e criminosas. A esse respeito, alerta Gustav Radbruch que as finalidades que progressivamente surgem no lugar das ações instintivas não correspondem necessariamente a ideias absolutas de fins, mas podem ser finalidades puramente egoístas e arbitrárias, onde é possível verificar que:

> A evolução inevitável da formação do direito a partir dos impulsos até os fins, desde o irracional até o racional com respeito a fins, pode originar diferentes juízos de valor. A concepção de que a razão das coisas e das relações é superior a toda razão individual precisa responder àquela evolução inevitável com uma orientação pessimista da cultura, enquanto a outra concepção, que crê inexistir razão nas coisas e nas relações, senão a instituída por indivíduos racionais, saudará na mesma evolução o traço vitorioso da razão pela história, e, de modo culturalmente otimista, o progresso infinito. (RADBRUCH, 2010, p. 134).

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

Porém, o positivismo jurídico, sintetizado sob a fórmula "a lei é a lei", deixou os juristas e a magistratura da Alemanha indefesos diante das monstruosidades, crueldades e arbitrariedades verificadas naquele contexto. Tais ações desmedidas foram praticadas pelos detentores do poder daquela época sob a autoridade da lei, que diante da subsequente necessidade de correção jurídica das consequências de

tais ilícitos, a propósito, continuou a apresentar sempre novas dificuldades. Nesse contexto, depois de um século de positivismo jurídico, permanece a ideia de um direito supralegal, no qual as leis positivas podem ser consideradas injustas.

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

Ora, longe de qualquer pretensão a respeito na busca por uma solução a esses vários problemas, e dadas às complexidades em torno do direito no contexto social, é evidente que as respostas a esses questionamentos representam um óbice à ciência do direito. Tudo isso decorre do fato de que a concepção do direito nos remete a uma crise paradigmática, sendo marca registrada nas civilizações passadas, presentes e futuras, em que valores e direitos fundamentais precisam impor-se e ser efetivamente reconhecidos. Cabe, pois, à filosofia do direito, refletir sobre a interpretação e aplicação do direito que insere sua regulação nas sociedades humanas. Não raro é citar, que o problema maior é colocado quando o aplicador do direito, depois de passar por esses vários estágios, alcança uma solução absolutamente injusta, que desatende aos fins sociais a que o direito se dirige e aos valores fundamentais que, axiologicamente, hão de ser colimados socialmente.

Por sua vez, o julgador ao aplicar a norma válida não deve fazê-la de forma desconectada dos valores morais. Além disso, não pode extrair do direito o que nele não se encontra, visto ser função do legislativo criar as leis. No entanto, o aplicador do direito deve-se reportar a processos de interpretação e retirar da própria ordem jurídica o aparato normativo necessário e, dessa forma, buscar neutralizar ou ao menos atenuar os efeitos da “lei injusta”. Assim sendo, o conceito de justiça pode variar no decorrer da história, acarretando a produção de “leis injustas” ou mesmo “leis justas”, que se tornam injustas com o passar dos tempos. Nas palavras do

ilustre normativista Hans Kelsen, esse conceito pode mudar de acordo com os valores sociais dominantes, conforme as “representações ou conceitos que os homens, no presente e no passado, efetivamente fazem e fizeram daquilo que eles chamam justo, que eles designam como justiça” (KELSEN, 1998a, p.16).

5.1 A relevância prática da polêmica acerca da positividade no direito: posições fundamentais em Gustav Radbruch

De fato, por toda a parte se levantava um combate contra o positivismo a partir da ideia de que há “leis que não são Direito e que há Direito acima das leis” (RADBRUCH, 2010, p. 159). Não há dúvidas de que naquela época o positivismo jurídico com o seu lema “acima de tudo deve-se cumprir as leis” reinou de modo absoluto entre os juristas. Na visão de Gustav Radbruch tem-se que:

> O positivismo deixou [...] desarmados os juristas alemães ante as leis de conteúdo arbitrário e injusto. [...] Com isso se ficava sem a possibilidade de estabelecer a validez jurídica das leis. É certo que o positivismo pensa haver provado a validez de uma lei pelo fato de ter a força suficiente para lhe impor. [...] É certo que, independentemente do seu conteúdo, toda lei positiva leva consigo um valor: porque sempre será melhor que a total ausência de leis, ao dar lugar à segurança jurídica. Mas a segurança jurídica não é o único, nem sequer o valor decisivo que tem de realizar o Direito. Ao lado da segurança jurídica, há outros dois valores, que são o da utilidade e o da justiça. A hierarquia destes valores assinala o último posto para a utilidade com respeito ao bem comum. De nenhum modo se há de admitir que é Direito tudo o que é útil ao povo, mas que ao povo é útil [...] tão-só o que é Direito, o que traz segurança e tende à justiça. A segurança jurídica, que corresponde a qualquer lei já pelo fato de sua mesma positividade, ocupa um lugar intermediário entre a utilidade e a justiça; a exige, por um lado, o bem comum, e por outro, a justiça. [...] Quando há um conflito entre a segurança jurídica e a justiça, entre uma lei que falha em seu conteúdo, mas que é positiva, e um Direito justo, mas que não adquiriu a consistência da lei, estamos realmente frente a um conflito da justiça consigo mesma, um conflito entre a justiça aparente e a verdadeira. (RADBRUCH, 1971, p. 159).

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

> Não se pode ignorar - precisamente depois da experiência destes doze anos - os terríveis perigos para a segurança jurídica que podem acarretar atitudes representadas pelo conceito de arbitrariedade legal ou pela negação da natureza jurídica às leis positivas. Esperamos que tais injustiças permaneçam como um erro e uma confusão isolados do povo alemão. Mas, de qualquer modo, precisamos estar preparados, buscando a superação essencial do positivismo que fez esmorecer o poder de defesa contra o abuso da legislação pelos legisladores nacional-socialistas e lutando contra o retorno de modalidades de Estado da mesma forma injusta[84]. (RADBRUCH, 1957, p. 66).

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

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

5.1.1 A indecisão problemática do conceito de direito: os equívocos do positivismo jurídico

Adentrando nas vias mais sutis da fundamentação do direito alemão, é importante registrar que o nacional-socialismo assegurou a sujeição de cidadãos, por um lado, e dos juristas, por outro lado, sobre a base dos princípios "as ordens

[84] Friedrich Buchwald também defende a idéia de um direito supralegal (BUCHWALD, 1946, p. 8).

são ordens", que se aplicava aos primeiros, e "antes de tudo hão de cumprir as leis", que se referia aos segundos. O grande lema projetado na mente dos alemães de "as ordens são ordens" não regeu nunca sem limitações. Entretanto, durante séculos, o positivismo jurídico se impôs quase sem nenhuma contradição entre cidadãos e juristas alemães. Assim, "falar de leis que não constituíram direito era uma contradição igual falar de um direito que estivera acima das leis" (RADBRUCH, 2010, p. 155).

De acordo com a tese radbruchiana, pode-se preconizar que o fundamento axiológico do direito (ideia formal) seja realmente levado em conta quando da aplicação judicial, e assim conceder uma interpretação diferente da mera aplicação da positividade como forma de concretização do direito. Por seu turno, a conotação do termo direito, polivalente ao extremo, exclui a possibilidade de uma resposta clara e definitiva à pergunta, qual seja: "o que é direito?". Para que se possa entender melhor a arbitrariedade legal e o direito supralegal em Gustav Radbruch, torna-se importante estabelecer as linhas definitórias do conceito de direito, sendo certo que "a tarefa do jurista consiste apenas em indagar o que é direito, e nunca se ele é justo" (RADBRUCH, 1999, p. X). No que se refere à indecisão problemática de tal conceito, Simone Goyard-Fabre explica que:

> Em sua persistência, o pluralismo semântico da palavra *direito* decerto não é acidental. Ele corresponde à *ambiguidade essencial de seu conceito*: na verdade, a multiplicidade de relações que o direito mantém com outros campos da existência humana mostra a dimensão da dificuldade existente para circunscrever seu campo próprio, o que obsta a um empreendimento de definição rigorosa. Tanto em sua extensão como em sua compreensão, o conceito de direito se mostra rebelde ao aclaramento. (GOYARD-FABRE, 2007, p. XVIII).

Decorre daí que, nesse campo de compreensão multidimensional e complexo, o termo direito corresponde a um conceito vago, de difícil definição com rigor. Porém, apesar das incertezas na definição de um conceito claro acerca do direito, Gustav Radbruch entendia que a grande missão do ordenamento jurídico era a segurança jurídica e a paz, sendo a segunda missão a justiça. Por isso, os horrores do nazismo fizeram-no modificar, ou, para alguns, desenvolver o seu pensamento a respeito do direito[85] a partir daí. Portanto, não é o propósito deste trabalho examinar

[85] Um debate que cerca a figura de Gustav Radbruch é aquele entre os que defendem a descontinuidade da obra do autor, nos períodos antes e Pós-Guerra, e entre aqueles que defendem

o percurso genealógico do direito em seus vários momentos, mas é importante considerá-lo do ponto de vista filosófico, na medida em que o olhar crítico que perscruta a compreensão do direito revela a problematicidade vinculada à sua evolução.

Pode-se sustentar que a maturação semântica do pensamento racional procurou dar ao direito um contorno distinto, cuja remota inserção na ordem natural das coisas estava longe de deixar imaginar uma possível autossuficiência. As reviravoltas filosóficas contribuíram muita para apurar o conceito de direito, arrancando-o de seu invólucro impermeável. E tal esforço na elucidação do seu sentido se deu por etapas com modificações diferenciadas de maior ou menor eficiência. Não obstante, várias foram as tentativas de se sustentar em uma vontade de cientificidade a sistematização de um “direito universal” (GOYARD-FABRE, 2007, p. XX). Esse ideal de cientificidade foi compartilhado por várias gerações, no entanto, apesar desse esforço de reforma intelectual, o aclaramento do termo direito ainda é bastante precário. Para explicar isso, Simone Goyard-Fabre aduz o seguinte:

> Em suma, o conceito de direito está dividido: por um lado, impõe-se as perspectivas racionais de uma eventual codificação que lhe implicaria homogeneização; por outro, o pluralismo dos costumes regionais resiste, com sua carga pitoresca e de eficácia. Portanto, embora haja um despertar da racionalidade jurídica, que busca a especificidade irredutível subsumida no termo direito, ela está às voltas com duas tendências antagônicas – a sistematização e a casuística -, que dão ao direito duas feições incompatíveis. Como a multiformidade do direito engendra-lhe multivocidade, seu conceito permanece indefinido e incerto. (GOYARD-FABRE, 2007, p. XXI).

---

a continuidade. A suposta descontinuidade de Gustav Radbruch, após o terror nacional-socialista e o Holocausto, poderia ser atribuída ao advento da filosofia existencialista e ao renascimento da teologia na vida intelectual e espiritual alemã. Parte dos estudiosos da obra do autor afirma que Gustav Radbruch abandonou o relativismo e o racionalismo de sua primeira fase em prol do direito natural do reconhecimento de que a justiça deve prevalecer sobre a segurança jurídica e eficácia do direito. Por sua vez, aqueles que defendem a continuidade da obra apontam para um desenvolvimento natural do seu pensamento, uma vez que Gustav Radbruch nunca considerou suas últimas obras como retificadoras de seus primeiros escritos (MARTÍNEZ BRETONES, 2003, p. 11-12). Stanley L. Paulson é exemplo dos que defendem a tese da não ruptura: "Radbruch não poderia ter sido 'convertido' em relação ao positivismo jurídico [...]. Nos primeiros tempos, Radbruch já defendia um critério de base no sentido de que 'a lei é realidade cujo significado (Sinn) é para servir à justiça". Tradução livre do inglês: "*Radbruch could not have been 'converted' from legal positivism [...]. In his earlier period, Radbruch had already defended a basal criterion to the effect that 'law is the reality whose meaning (Sinn) is to serve justice*" (PAULSON, 2006, p. 19). Rodolfo Luis Vigo, entretanto, é um exemplo daqueles que percebem uma descontinuidade: "Os artigos escritos na década de quarenta apontam inequívocas transformações em aspectos substanciais que resultam decisivos para coincidir com aqueles que apontam uma descontinuidade no autor em estudo". Tradução livre do espanhol: "*Los artículos escritos en la década del cuarenta señalan inequívocas transformaciones en aspectos substanciales que resultan decisivos para coincidir con aquellos que señalan una discontinuidad en el autor en estudio*" (VIGO, 2006, p. 15).

Ademais, é suficiente indicar que a elucidação do conceito de direito passa por uma constante e necessária mutação, ainda mais em Gustav Radbruch, que no prólogo de sua obra Injustiça Legal e Direito Supralegal (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946), comenta Maria Isabel Azaretto de Vásquez que:

> A experiência nacional-socialista produz uma tal impressão nele, que o obriga a repensar seu anterior positivismo, e esta reflexão o leva a rechaçá-lo, já que vê na separação do direito e da moral a base em que se apoiou o nazismo para levar a cabo, sob a aparência de legalidade, as maiores injustiças. A formação positivista dos juízes e advogados os inabilitou para defender-se contra a legalidade injusta. Isto leva Radbruch a sustentar que uma lei que contrarie os princípios básicos da moralidade não é direito, ainda que seja "formalmente válida". (RADBRUCH apud VÁZQUEZ, 1962).

Evidentemente, o sentido e o valor do termo direito não devem ficar a margem da incompreensão, pois coteja-se que apenas uma análise realizada segundo os procedimentos da razão humana é capaz de depreender o significado do termo direito. Categoricamente, o direito deve ser reportado à razão humana como sua verdadeira fonte para atingir a clareza e a distinção de seu conceito. Para exemplificar melhor isso, Simone Goyard-Fabre acentua que "inseparável do invólucro metafísico que o prende, o termo *direito* não se livra do peso de sobrecargas e de sobredeterminações que dão origem à sua equivocidade" (GOYARD-FABRE, 2007, p. XXIV).

Apesar das modificações mais ou menos modulares na designação do direito como um corpo de regras que administram a sociedade, a legalização do direito, a proliferação das decisões judiciais, a insistência na concepção do direito como sistema de mandamentos e de regras, o crescimento avassalador do poder autoritário e arbitrário, as reivindicações cada vez mais numerosas apresentadas pelos diversos sujeitos de direitos (individuais e coletivos); são outros tantos traços e sintomas do positivismo jurídico. É preciso ressaltar que é "nesse desvio que residem os equívocos insuperáveis de um pensamento teorético que suas contradições internas tornam manifestos" (GOYARD-FABRE, 2007, p. 101). Além disso, é necessário distinguir também o que originariamente o pensamento germânico entendia sobre a positividade no direito. De acordo com Simone Goyard-Fabre:

> O positivismo se pretende a-filosófico; mas é impossível ganhar essa

> aposta, pois a autossuficiência de uma teoria que, em sua pretensa "neutralidade axiológica", se limitasse apenas à fenomenalidade do direito é uma ilusão. Por outro lado, afastando do campo jurídico toda normatividade transcendente, essa teoria jurídica - que tem forte propensão a rebaixar o direito, aquém de suas próprias prescrições, ao plano das condições empíricas, sociais ou históricas que as motivaram - redunda contraditoriamente afirmando a autonomia do direito na negação do caráter especificamente jurídico do direito. Por fim, a construção de um direito que, invocando critérios de racionalidade científica, se fechasse dentro das grades de uma legislação abstrata de alcance mais ou menos geral, teria fortes chances de gerar uma sistematização do direito rígida e sem vida. (GOYARD-FABRE, 2007, p. 101).

Por conseguinte, a acusação geral que fizeram a Gustav Radbruch, por entender que o positivismo jurídico preparou o terreno fértil para a legitimação dos regimes nazifascistas - postura que ficou conhecida como *reductio ad Hitlerum* (redução a Hitler ou argumento aos nazistas) - é incoerente, mesmo porque o que aqui se pretende discutir é se houve uma real vinculação entre a postura científico-descritiva do juspositivismo e a instauração de regimes de exceção. Como isso foi bem sinalizado em capítulos anteriores, de maneira a reforçar tal compreensão, explica Andityas Soares de Moura Costa Matos que:

> [...] a maior parte das teorias juspositivistas não se adapta a ambientes políticos autoritários, uma vez que o positivismo jurídico tem em alta conta aspectos técnicos do direito que não se coadunam com regimes de exceção. Trata-se dos valores de ordem, da igualdade formal e da certeza jurídica. Os sistemas autoritários, por seu turno, sempre se apresentaram como superiores à limitada racionalidade juspositivista, encarnando um tipo de justificação quase divina. Nesse sentido, recordemo-nos que a ideologia jurídica nazista era contrária ao juspositivismo, visto que, antes de consultar a lei, caberia ao juiz nacional-socialista decidir com base nos interesses políticos do povo, i. e., do Estado. (COSTA MATOS, 2009, p. 28).

De tal maneira, sobrepondo-se às imprecisões em torno do positivismo jurídico, o que deve ficar claro em Gustav Radbruch é que o positivismo jurídico foi incapaz teoreticamente de impor o seu projeto de cientificidade, porque, apesar desse fracasso, ele ainda assim traçou o perigoso caminho pelo qual vários autores enveredaram, embora a própria essência do direito estivesse em perigo.

5.1.2 O direito em busca de seu sentido em Gustav Radbruch: a apropriação dos direitos pelo direito

A questão central da análise do direito em Gustav Radbruch é que as leis

extremamente injustas perdem sua característica de leis, não podendo ser aplicadas em discussões jurídicas. Por isso, a respeitável fórmula de Gustav Radbruch é construída para orientar a análise e aplicação do direito em situações difíceis e insuportavelmente injustas, onde o conflito entre justiça material e segurança jurídica estejam absolutamente identificados. Por outro lado, a fórmula radbruchiana atenta para os perigos da "injustiça extrema", e o seu ponto de partida é constituído por um conhecimento da metodologia jurídica, sobre o qual há unanimidade entre positivistas e não-positivistas, e que deve ser admitida em razão dos deveres que lhe impõe a defesa da dignidade humana. Nesse sentido, para Enrique Dussel a "legalidade da injustiça" ou a "imoralidade legal" faz recordar que "o grupo ou pessoas dominantes fizeram de sua dominação o fundamento da lei" (DUSSEL, 1977, p. 80), maquiando o fato de a ordem vigente ser imposição de uma dominação legalizada.

A fundação do direito em pleno regime nazista apresentou uma perpetuação da lógica de dominação e episódios de banalização da violência, anunciando um fenômeno que não se pode dar por concluído devido a seus efeitos metajurídicos que perduram no tempo e no espaço. Contudo, o período compreendido pelo terror na Alemanha nazista, operou uma intimidação coletiva que, em conjunto com os mecanismos de propaganda, produziram uma modificação profunda no sistema de ideias e valores dominantes na sociedade. Foi em decorrência a isso, que Gustav Radbruch construiu uma fórmula de compatibilização entre a positividade e a justiça para tentar refundar o direito e coibir os avanços da "injustiça legal".

Por sua vez, cabe assinalar que a ideia de direitos humanos veio a se impor com uma força cada vez mais intensa, reconhecendo que tais direitos deveriam ganhar autoridade jurídica devido ao seu enraizamento na própria natureza humana. Nesse aspecto, afirma Simone Goyard-Fabre que "os direitos necessitam da mediação do direito para adquirir um valor jurídico que não possuem por si sós" (GOYARD-FABRE, 2007, p. XXXIV). Essa ideia de direitos humanos é bastante evidente em Gustav Radbruch, onde Fábio Henrique Araújo Martins reforça que:

> Sem a violência oficial para dar suporte ao controle das opiniões, será a impunidade democrática o maior responsável pela banalização e disseminação da impunidade por violação de direitos humanos, num dispositivo coletivo de internalização do silêncio social e dos mal entendidos políticos. [...] a "violência abismal" da impunidade destrói a possibilidade de ressignificação simbólica e institucional da democracia, engendra desde o silêncio oficial o catastrófico fracasso do direito e a suspensão da justiça.

(MARTINS, 2011, p. 49-50).

Nesse contexto, o que Gustav Radbruch procura subsumir em sua teoria é a construção de um direito supralegal, um direito situado acima das leis, transpositivo, fundamentado na moral, semelhante à verdade, à beleza e ao bem comum; um direito superior, ao qual o direito positivo seja obrigado a ceder quando os dois entrarem em conflito. E para isso, cria uma fórmula que vai da absoluta incognoscibilidade essencial do direito à absoluta fé na justiça, reconhecendo como indispensável à solução das grandes questões do direito. A arquitetura do terror manifestada em pleno regime nazista fez com que Gustav Radbruch repensasse a respeito do verdadeiro conteúdo do direito. O jusfilósofo deliberadamente combateu as teorias anarquizantes que contrapunham os direitos ao direito, o antijuridismo puramente ideológico que visava o desaparecimento do Estado, a falência do ser humano e das próprias instituições antidemocráticas. Além disso, era totalmente contrário a vontade do *Führer* estampada na frase: "o terror sob a forma de lei".

Do ponto de vista teórico, Gustav Radbruch teve coragem e honestidade intelectual na busca de um sentido claro para o direito. Como tal, para ele, é importante sublinhar que o sentido do termo direito ganha força em sua teoria como um direito crédito, sendo que o Estado é o devedor perante quem os indivíduos e os grupos afirmarão doravante pretensões ou a quem endereçarão reivindicações. Nesse sentido, é nítido verificar que o que há de inalienável no direito à dignidade humana, implica, enquanto direito autenticamente jurídico, que este deve ser assumido pelo direito positivo estatal. O que Adolf Hitler fez, em pleno regime nazista, foi extirpar todas as garantias impostas aos cidadãos com a criação de uma espécie de "lei de seleção natural" que regeria a história e as relações entre todos os povos e Estados. Sabe-se, pois, que o Estado intervencionista contém inevitavelmente os germes do totalitarismo, como explica Simone Goyard-Fabre:

> De fato, embora seja verdade que a operação mental de definir consiste em exprimir a essência ou a quididade de uma coisa, é preciso primeiro afastar confusões ou amálgamas para deixar claro o conceito de direito. Conclui-se, pois, que o direito não se confunde com a *força*: a força é poderio; ceder à força é um ato de necessidade em que o direito não entra. No entanto, deve-se notar que o direito necessita da força legal para se fazer respeitar. Convém por conseguinte ser mais preciso: é a violência enquanto expediente passional e tumultuoso que, por natureza, exclui o direito. Nesse sentido, a expressão "o direito do mais forte" é uma contradição nos termos e puro sofisma. Ainda assim, o conceito do direito não revela sua essência.

(GOYARD-FABRE, 2007, p. XXXIX).

Na verdade, essa maneira de compreender o direito é no fundo banal, tendo em vista que por mais forte que seja essa orientação, “ela não conduz a uma definição pertinente, dando azo a uma concepção dogmática e sistemática do direito em que o discurso, as ferramentas metais, o raciocínio e a prática ocultam a realidade viva do mundo jurídico” (GOYARD-FABRE, 2007, p. XXXIX). Nessa dimensão, para compreender a teoria do direito exposta por Gustav Radbruch, é preciso superar a apropriação dos direitos pelo próprio direito. Muito embora isso pareça ser tarefa fácil, proclamar o direito aos direitos é decerto uma obsessão do jurista na contemporaneidade, que em seu íntimo e audacioso plano de superação das contingências, tenta de todo modo certificar “o progresso do direito”. Por seu turno, conclui-se que de acordo com o jusfilósofo, “o direito é a realidade que tem o sentido de servir ao valor jurídico, à ideia do direito” (RADBRUCH, 2010, p. 47).

5.2 O dilema acerca da aplicação da lei injusta: um problema prático ou um problema ético?

No que concerne às ponderações de Gustav Radbruch, "um direito incerto é, ao mesmo tempo, injusto, pois incapaz de assegurar para o porvir um tratamento igual para fatos iguais" (RADBRUCH, 1938, p. 54). Sem dúvida, toda ordem que se encontra na diversidade da existência emprestou do direito o seu nome: fala-se de leis da natureza, de leis da moralidade e de costume, de leis da lógica e da estética. Mas o grande questionamento que se coloca é o seguinte: que posições ocupam entre todos esses tipos de leis, e, portanto no todo, em nosso conhecimento de mundo, as leis do direito? A respeito da lei e sua finalidade, explica Gustav Radbruch que:

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

Como enunciado de um observador, acredita-se que a fundamentação do direito em Gustav Radbruch é uma questão central e essencial a toda vida em sociedade. Por sua vez, “o problema da aplicação da lei injusta é muito mais um problema prático; um problema, aliás, inevitável do agir humano, que pertence mais à ética do que o próprio direito” (RADBRUCH, 1999, p. XI). A ideia de direito proposta pelo jusfilósofo não é outra coisa senão a justiça, ou melhor dizendo, “o direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça” (RADBRUCH, 2010, p. 51). No tocante a essa análise, é relevante observar que:

> De fato, não se pode definir o direito, nem mesmo o direito positivo, senão como uma ordenação ou uma norma especificamente destinada a servir à justiça. Medidos por este parâmetro, setores inteiros do direito nacional-socialista jamais conquistaram a dignidade de direito válido. [...] Estava claro assim, desde o início, que o direito nacional-socialista era propenso a desprezar o requisito essencial da justiça - o tratamento igual aos iguais. Em consequência, carecia totalmente de natureza jurídica; não se tratava de um direito injusto, mas da total ausência de direito. Isto vale especialmente para aquelas disposições através das quais o partido nacional-socialista, contra a natureza parcial de qualquer partido, pretendeu assumir a totalidade do Estado. (RADBRUCH, 1957, p. 65).

Nesse enfoque, a ideia de justiça adotada pelo jusfilósofo baseia-se no princípio da igualdade (princípio formal), fazendo transparecer as influências aristotélicas de Gustav Radbruch. O justo, assim como o bom, o verdadeiro e o belo, é absoluto, ou seja, é um valor que não deriva de nenhum outro valor. Contudo, esta noção de justiça como igualdade, embora absoluta, é uma ideia formal, razão pela qual o jusfilósofo irá inserir, em seu conceito de direito. Além desse, outros dois elementos também fazem parte: a ideia-fim (adequação a fins - valores - historicamente determinados por uma sociedade) e a segurança jurídica (condição de funcionalidade autoritativa).

Entretanto, sendo a justiça apenas a forma do direto, Gustav Radbruch acrescenta mais um princípio material, a ideia-fim ou finalidade, que toma seu conteúdo da ética. Nesse sentido, o princípio da finalidade atuará no conteúdo do direito de modo relativo, dependendo do valor moral a que fizer referência. A ética, todavia, que se divide em teoria dos deveres morais e em teoria dos bens morais, identifica três tipos de valores diferentes: os valores individuais, os valores supra-individuais e os transpessoais. Semelhante é o resultado da discussão sobre segurança jurídica, que mesmo que uma lei positiva não se fundamente nas exigências da justiça ou da conformidade a fins, busca, de alguma forma, um valor: a

segurança jurídica.

Embora já afirmado, o direito deve se basear em critérios fundamentalmente seguros e racionais, para só assim posicionar-se no sentido de afastar do meio social não só a sensação de incerteza, mas principalmente a sensação de injustiça. Nesse aspecto, o crescente valor que se atribui à segurança jurídica revela o reconhecimento de que ela é exigência fundamental até para as ideologias jurídicas orientadas exclusivamente pelo bem comum. E mais, a segurança jurídica é apenas um valor entre os demais, pois, se em regra, a validade do direito positivo pode ser justificada a partir das exigências de segurança jurídica, não é menos certo que, em casos excepcionais, tratando-se de leis extraordinariamente injustas, as leis perdem validade em razão de sua injustiça.

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

5.2.1 Igualdade: cerne da justiça

Para Gustav Radbruch, “a justiça, nesse sentido, significa igualdade” (RADBRUCH, 2010, p. 49). É este, pois, o objetivo principal da justiça, que apesar de seu caráter proporcional, estabelece a igualdade de tratamento jurídico a grupos de pessoas ou fatos mais ou menos amplos, ou, a aplicação de regras mais ou menos gerais na regulamentação destes comportamentos. Por isso, a pauta axiológica do direito positivo, meta do legislador, é a justiça, um valor absoluto (como a verdade, o bem e o belo); um valor que repousa em si mesmo e não depende de nenhum outro. Todavia, com base em outros pontos de vista, a justiça apresenta vários aspectos distintivos como explica o jusfilósofo:

> Deve-se distinguir: justiça como virtude e como qualidade pessoal (por exemplo, o Juiz justo), a justiça subjetiva, de justiça como propriedade do relacionamento entre pessoas (por exemplo, o preço justo), que é a justiça objetiva. A justiça subjetiva corresponde à intenção que conduz à realização

> da justiça objetiva e está para ela como a veracidade está para a verdade. A justiça objetiva constitui, portanto, a forma primária, enquanto a justiça subjetiva é a forma secundária da justiça. [...] É preciso distinguir mais: a justiça enquanto parâmetro do direito positivo - a juridicidade - da justiça enquanto ideia anterior e superior à lei - justiça em sentido estrito. Aquela é a justiça do Juiz, esta a justiça do legislador. (RADBRUCH, 2015, p. 24).

O que interessa no presente trabalho é o aspecto da justiça delimitada por Gustav Radbruch, onde o cerne da justiça é a ideia de igualdade. Já a famosa doutrina aristotélica costuma distinguir duas formas de justiça[86], cada uma delas plasmada sob uma diferente forma de igualdade. É interessante verificar que a justiça comutativa (*justitia commutativa*) significa igualdade absoluta entre prestação e contraprestação, isto é, entre aquilo que é considerado mercadoria e preço, dano e indenização, culpa e pena. Já a justiça distributiva[87] (*justitia distributiva*) significa proporcionalidade no tratamento dado a diversas pessoas, citando como exemplo a diferenciação da carga tributária entre as pessoas em função de sua capacidade contributiva, bem como a promoção das pessoas em função da antiguidade no serviço e o mérito.

Exemplificadamente, a justiça comutativa (*justitia commutativa*) pressupõe a existência de duas pessoas juridicamente equiparáveis. Ao contrário, a justiça

[86] Para Aristóteles, a "justiça é a virtude completa no mais próprio e pleno sentido do termo, porque é o exercício atual da virtude completa. Ela é completa porque a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação ao próximo, uma vez que muitos homens exercem sua virtude nos assuntos privados, almas não em relações com as outras pessoas" (ARISTÓTELES, 2004, p. 105). "A justiça é uma espécie de meio-termo, mas não no mesmo sentido que as outras virtudes, e sim porque ela se relaciona com uma quantia ou quantidade intermediária, ao passo que a injustiça se relaciona com os extremos. E justiça é aquilo em razão do que se diz que o homem justo pratica, por escolha própria, o que é justo, e que quando se trata de distribuir, quer entre si mesmo e outra pessoa, quer entre duas ou outras pessoas, não dá mais do que convém a si mesmo e menos do que convém ao seu próximo (e de maneira análoga no que diz respeito ao que não convém), e sim dá o que é igual de acordo com a proporção, agindo da mesma forma quando se trata de distribuir entre duas outras pessoas. Por outro lado, a injustiça guarda uma relação semelhante para com o injusto, que é excesso e deficiência, contrários à proporção, do útil ou do nocivo. Por esta razão a injustiça é excesso e falta, no sentido em que conduz ao excesso e à falta (no caso da própria pessoa, excesso do que é útil por natureza, e falta do que é nocivo; no caso de outras pessoas, embora o resultado seja equiparável de maneira geral ao caso anterior, a proporção pode ser violada em uma e na outra direção). Na ação injusta, ter muito pouco é ser vítima de injustiça, e ter demais é agir injustamente. É esta, então, a nossa exposição da natureza da justiça e da injustiça e, igualmente, do justo e do injusto em geral" (ARISTÓTELES, 2004, p. 115).

[87] Para Aristóteles, a "justiça distributiva é a conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo neste sentido é o meio-termo, e o injusto é o que viola a proporção, pois o proporcional é o intermediário, e o justo é o proporcional. Os matemáticos chamam esta espécie de proporção de geométrica, pois só na proporção geométrica o todo está para o todo assim como cada parte está para a parte correspondente. A justiça distributiva não é uma proporção contínua, visto que o segundo e o terceiro termo correspondem a alguém que recebe parte de algo e à participação na coisa, e não podemos obter um termo único que represente uma pessoa e uma coisa" (ARISTÓTELES, 2004, p. 109).

distributiva (*justitia distributiva*) pressupõe no mínimo três pessoas, isto é, uma deve ser colocada em nível superior, no qual impõe encargos ou distribui benefícios a duas outras, a ela subordinadas. Entretanto, ao se considerar o Direito Privado como aplicável a pessoas equivalentes e o Direito Público aplicável ao relacionamento entre a pessoa de nível superior e seus subordinados, conclui-se que a justiça comutativa (*justitia commutativa*) é própria do Direito Privado e a justiça distributiva (*justitia distributiva*) caracteriza o próprio Direito Público. Por conseguinte, vislumbra-se que a equiparação jurídica do Direito Privado resulta de um ato de justiça distributiva (*justitia distributiva*), porque, para que se possa aplicar a justiça comutativa (*justitia commutativa*), é necessário admitir igual capacidade jurídica entre as pessoas que dela participam.

Assim, trazendo os ensinamentos de Aristóteles para a compreensão deste trabalho, verifica-se que a justiça distributiva (*justitia distributiva*), entendida como o *suum cuique*, a cada um o que é seu, é a forma primária de justiça e a justiça comutativa (*justitia commutativa*) é uma forma derivada de justiça. Ainda que a justiça, sob sua dupla forma, seja, como o bem, a verdade e a beleza, um valor absoluto, não derivável de outro que lhe seja superior, nem sempre a igualdade que nela está implícita apoia-se psicologicamente em motivação ética. Por isso, é relevante ressaltar que:

> A igualdade pode ser aspiração dos invejosos, que almejam os mesmos favores dos privilegiados; dos despeitados, que pretendem o rebaixamento dos demais; dos perversos, felizes ao assistir a desgraça dos outros; dos vingativos, que desejam aos outros os mesmos males que sofreram. Por isso a realização da justiça é, em realidade, um exemplo na “lista de ideias” (Hegel) que se utilizam da paixão para realizar-se. (RADBRUCH, 2015, p. 25).

O modelo teórico expresso por Gustav Radbruch reforça a ideia de que a justiça tem implícita uma tensão irresistível: sua essência é a igualdade. Todavia, a universalidade é sua forma, pois busca-se sempre levar em conta o caso concreto, o indivíduo e sua singularidade. Por tal motivo, é interessante observar que esta justiça voltada para o caso concreto é chamada equidade. Porém, uma justiça individualizada é em si mesma contraditória, pois a justiça se vale sempre de normais gerais, até porque sua universalidade reconhece graus e mesmo a especialidade se dá sempre de forma geral, aproximando-se sempre da individualização sem jamais alcançá-la por completo. Todavia, a tendência à

equidade na justiça encontra por isso, na especialidade, apenas uma forma parcial, uma espécie de compensação entre a constante generalização e a completa individualização, como, por exemplo, na substituição da igualdade entre as pessoas, no Direito Civil, e pela diferença entre empregador e trabalhador, entre empregado e funcionário, no Direito do Trabalho.

Com isso, elege-se que a justiça é uma ideia formal, entretanto, a duas questões fundamentais ela não responde; ao contrário, toma-as como pressupostos incontestáveis, quais sejam:

> Entendida como tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, não nos diz 1) Quem deve ser considerado igual ou desigual; nem 2) como devem ser tratados os iguais e os desiguais. A igualdade resulta sempre de uma abstração da desigualdade existente, pois as coisas e os homens neste mundo são tão diferentes entre si como “um ovo em relação a outro ovo”. Se, por exemplo, dois agentes do mesmo delito devem receber a mesma pena por terem cometido o mesmo crime ou se devem ser tratados de forma diferente em função de seus antecedentes e sua periculosidade, é uma questão de igualdade ou desigualdade que precisa ser resolvida com base em considerações teleológicas, ou seja, antes que a Justiça possa prolatar sua sentença. (RADBRUCH, 2015, p. 25).

Da mesma forma, torna-se impossível derivar da justiça a espécie e quantidade da pena. Nesse diapasão, ela só pode determinar a proporcionalidade das penas dentro de determinado sistema penal, nunca estabelecer o sistema penal em si mesmo. Se a classificação das penas começa, no ápice, com a mais grave delas, a pena de morte, e termina, em baixo, com uma indenização, ou se começa, em cima com a prisão perpétua e termina, em baixo, com multa, são questões sobre as quais a justiça nada tem a dizer ou não consegue trazer respostas satisfatórias. Ela pode, apenas, dentro de uma escala já estabelecida, determinar a posição correspondente à periculosidade do agente. E veja-se que apenas a forma da lei, ou melhor dizendo, a justiça pode fazer com que aquilo que foi determinado como igualdade para todos seja realmente igual.

Na verdade, regras sobre a aplicação do direito podem derivar diretamente da ideia de justiça, mesmo quanto a seu conteúdo, como ocorre com as normas relativas à independência dos juízes ou a proibição de aplicar pena definitiva sem proporcionar ao acusado oportunidade de defesa. Nesse limiar, entende-se como postulados de justiça, revestidos de caráter absoluto como a própria justiça, mas a maioria das normas jurídicas recebe da justiça apenas sua forma, que é a igualdade de tratamento de todos, assim como a universalidade da regulamentação jurídica.

Porém, conclui-se que o seu conteúdo deve ser determinado por outro princípio, decorrente também da ideia de direito, que é a finalidade (ideia-fim).

5.2.2 Ideia-fim: adequação a fins (valores) historicamente determinados

Nas palavras de Gustav Radbruch, “para que da justiça decorram normas jurídicas, é necessária também a referência à adequação aos fins” (RADBRUCH, 2015, p. 26). É interessante observar que os ”fins do direito” não são empiricamente estabelecidos, mas devem ser entendidos com a ideia de fim, como o que deve ser. Por isso, enquanto o conceito de justiça pertence à filosofia do direito, a ideia de fins do direito deve ser buscada na ética, disciplina que pode ser dividida em duas partes: teoria dos deveres e teoria dos bens. Como o direito esta relacionado à socialidade, bens morais são valores, cujo conteúdo forma os deveres morais. No entanto, os fins do direito podem estar referidos tanto aos bens morais quanto aos deveres morais, conforme define Gustav Radbruch:

> A teoria dos bens morais distingue três espécies de valores, de acordo com a essência de seus portadores: titular do primeiro grupo é a pessoa individualmente considerada; do segundo, a pessoa jurídica; do terceiro, o bem de cultura. A partir da hierarquia dessas três espécies de valores, distinguem-se três sistemas de valores: o sistema de valores individualista, relativo ao valor da personalidade individual; o sistema de valores supra-individualista, relativo aos valores das pessoas jurídicas; e o sistema de valores transpersonalista, que tem a obra de cultura como supremo bem. Formas de convívio correspondentes a cada um desses três sistemas de valores são: a sociedade individualista, a coletividade supraindividualista e a comunidade transpessoal. Para ilustrar esta ideia, devemos pensar a sociedade como relação contratual, a coletividade como organismo semelhante ao corpo humano e a comunidade criadora de bens de cultura como oficina na qual os agentes não se relacionam diretamente uns com os outros, mas sim indiretamente, através da obra comum. Os ideais dessas três formas de convivência humana são simbolizados por três palavras: liberdade, poder e cultura. O ideal individualista, a liberdade, gerou o partido político liberal e assumiu as formas democráticas e socialistas. Na concepção liberal, o valor da pessoa - matematicamente falando - é infinito, impossível de ser multiplicado, e está legitimado mesmo quando conflita com interesses majoritários, seja qual for a dimensão desta maioria. No pensamento democrático, ao contrário, a pessoa tem valor limitado, de tal forma que o valor pessoal da maioria prevalece contra o da minoria. Enquanto a democracia assegura ao homem apenas uma liberdade formal, jurídica, pretende o socialismo uma democracia material, ou seja, real - a liberdade econômica para cada um, sem se afastar do objetivo final individualista. A teoria supra-individualista, ou orgânica, ao contrário, dá fundamentação aos partidos autoritários ou conservadores, segundo os quais o Estado, o todo, não existe para seus membros, mas estes existem para o todo, de forma que os interesses do Estado são superiores até em relação aos da maioria dos cidadãos. A concepção transpessoal, finalmente, não influenciou a doutrina de nenhum partido político. Constitui-se, todavia,

> no único parâmetro para a avaliação tardia de povos desaparecidos, quando deles restaram apenas os valores culturais. A hierarquia dessas três espécies de valores não pode ser determinada de forma inequívoca e comprovada. Os fins e valores supremos do direito variam não só em função das circunstâncias sociais de cada povo e de cada época, como também subjetivamente em função de cada pessoa, do sentimento jurídico, da concepção do Estado, posição partidária, religião e visão de mundo. As decisões precisam ser tomadas pelas pessoas em consciência, a partir da interioridade de cada uma. A ciência deve limitar-se a apresentar esses três grupos de valores à deliberação individual. Para esta deliberação, contribui a ciência de três formas: 1. desenvolvendo completamente, de maneira sistemática, os valores possíveis; 2. expondo os meios capazes de realizá-los e as consequências desta realização; 3. revelando as filosofias de vida pressupostas em cada posicionamento valorativo. (RADBRUCH, 2015, p. 26-27).

Do esforço para estabelecer critérios fundamentais para o direito, Gustav Radbruch ensina que o problema dos bens supremos, também em relação ao direito, conduz-nos à resignação relativista. E isso pode ser verificado quando da teoria sobre a essência universal do dever, uma vez que seu conteúdo deve ser sempre determinado, decorrem exigências absolutas para o direito. De um ponto de vista prático, é natural que o direito não possa assumir a tarefa do cumprimento incondicional dos deveres éticos, pois este cumprimento é em essência questão de liberdade e, portanto, não pode ser imposto coercitivamente. Por isso, o direito não pode impor seu cumprimento, mas tão-somente possibilitá-los, isto é, “o direito é a possibilidade de cumprimento dos deveres éticos ou, em outros termos, é um instrumento da liberdade exterior, sem o qual a liberdade interior - essencial para a decisão ética - não pode existir” (RADBRUCH, 2015, p. 27-28). Os fins do direito são plurais, mas garantir a cada um a liberdade exterior é, pois, a essência, e isso representa a base de sustentação dos direitos do homem para Gustav Radbruch.

Nesse contexto, é possível extrair que “estes direitos têm caráter absoluto não porque decorrem de alguma manifestação de direito positivo, mas porque são indispensáveis ao cumprimento dos deveres morais” (RADBRUCH, 2015, p. 28). Conclui-se, pois, que de alguma forma, a necessidade do liberalismo, não só para a democracia ou o socialismo, mas também para o autoritarismo, é essencial para o aperfeiçoamento das relações sociais e jurídicas. Nesse sentido, não pode o liberalismo extrair de si mesmo um sistema jurídico e estatal completos, pois ele não é senão a modificação de alguma concepção estatal. No que concerne a isso, preconiza Gustav Radbruch que:

> Em toda teoria estatal há uma tensão fecunda entre liberalismo e democracia, entre liberalismo e socialismo, ou entre liberalismo e conservadorismo. A justiça distributiva é chamada a decidir sobre a relação axiológica entre os direitos do homem e a totalidade supraindividualista do povo. Constituiria, no entanto, um direito absolutamente *injusto* a negação dos direitos do homem, quer a partir do ponto de vista supra-individualista ("tu não és nada, teu povo é tudo"), quer do ponto de vista transpessoal ("uma estátua de Fidias compensa a desumanidade praticada contra milhões de escravos antigos" - Treitschke). (RADBRUCH, 2015, p. 28).

Por fim, cabe considerar que toda e qualquer lei, sem considerar a justiça de seu conteúdo, cumpre sua finalidade em razão de sua mera existência, ao colocar um ponto final à querela de opiniões legais divergentes. Se a justiça determina tão somente a forma do jurídico, sobre as considerações da ideia-fim no direito, Gustav Radbruch salienta que o "Estado por si não é nunca fim, mas sua importância reside em ser uma condição sob a qual se cumpre o fim da Humanidade, e este não é outro senão o desenvolvimento de todas as forças do homem" (RADBRUCH, 2010, p. 81-82). Diante disso, ao lado da justiça (igualdade) e da ideia-fim (finalidade), surge outro princípio que deverá ser integrado à ideia do direito em Gustav Radbruch, e que será tratado logo a seguir: a segurança jurídica.

5.2.3 Segurança jurídica: condição de funcionalidade autoritativa

Acentua-se, sobremaneira, que a ideia de direito para Gustav Radbruch é constituída por três elementos fundamentais, quais sejam: a ideia de justiça (momento formal e universal do direito - igualdade), a ideia do fim último para o qual o direito é meio (momento material referenciado ao conteúdo ético e político da lei) e a ideia de segurança jurídica ou paz social da qual o direito é instrumento (momento positivo e estável). No presente cenário, torna-se importante registrar que o terceiro pilar de Gustav Radbruch sobre a ideia de direito engloba a segurança jurídica. Para ele, a segurança jurídica pode ser entendida da seguinte maneira:

> Todavia, a segurança jurídica não só exige a vigência dos preceitos jurídicos, que a força estabelece e que efetivamente se cumprem, mas também apresenta exigências em relação ao seu conteúdo, a exigência da aplicação mais segura do direito, e a da sua praticabilidade; esta imprime ao direito inúmeras facetas que, se estão em desacordo com a utilidade individualizadora, traçam, por exemplo, limites estreitos ali onde a vida só conhece sutis transições, ou para a caracterização de certas situações contenta-se apenas com aspectos externos, em lugar dos fatos internos propriamente significativos. Por fim, as exigências da segurança jurídica podem até mesmo entrar em contradição com as consequências da

> positividade - que é em si mesma uma exigência da segurança jurídica - quando, por exemplo, no seu interesse se reconhece força obrigatória ao costume derrogatório, ou ao direito revolucionário, sobrepostos ao direito vigente. Isso acontece quanto à vigência acontece também, paralelamente, quanto ao conteúdo, do próprio direito vigente. Do mesmo modo que no interesse da segurança jurídica fatos antijurídicos podem anular o direito objetivo e criar um novo, assim também direitos subjetivos, por causa da segurança jurídica, podem igualmente nascer e desaparecer por meio de fatos antijurídicos. No interesse da segurança jurídica, a coisa julgada concede à sentença de conteúdo injusto vigência não só para este caso concreto, mas transcende, em forma de precedente, à singularidade do caso concreto[88]. (RADBRUCH, 2010, p. 111-112).

Sem dúvida, uma vez que não se pode definir o que seja o direito justo, torna-se necessário estabelecê-lo através de um poder capaz de impor o que foi estabelecido. Isto é o que justifica o direito positivo, pois a segurança jurídica só pode ser obtida através da positividade do direito. À luz de tais considerações, é preciso esclarecer que não se confunde a segurança jurídica com a segurança que se obtém através do direito, tal como a garantia de vida contra o assassinato e o roubo - implícita no conceito de fins do direito - mas refere-se à segurança do direito em si mesmo, o que exige o implemento de quatro condições importantes:

> 1. Que o Direito seja positivado, isto é, conste das leis;
> 2. Que ele seja seguro, isto é, esteja fundamentado em fatos e não confiado ao juízo de valor do Juiz no caso concreto, a partir de cláusulas gerais como "boa fé" ou "bons costumes";
> 3. Que os fatos que fundamentam o Direito ofereçam possibilidade mínima de erro e sejam praticáveis, para o que, por vezes, torna-se necessário aceitar suas manifestações, isto é, substituí-los por suas manifestações exteriores, como, por exemplo, determinar a capacidade de ação não a partir da maturidade psíquica do agente, mas sim a partir de determinado limite de idade igual para todos;
> 4. Finalmente, o Direito Positivo - para que haja segurança jurídica - não deve ser facilmente mutável, não deve estar sujeito a uma legislação oportunística que possibilite dar forma de lei a cada caso concreto sem nenhuma dificuldade. É por isso que constituem garantias de segurança jurídica os "pesos e contrapesos", a divisão de poderes e a cautela do aparelho parlamentar. (RADBRUCH, 2015, p. 28-29).

É interessante notar que a segurança jurídica exige, portanto, a vigência do direito positivo. Conforme se verifica, a necessidade de segurança jurídica pode fazer também com que situações de fato se transformem em situações de direito e até que, de forma paradoxal, o ilícito crie direito. Exemplificando, diversas situações de fato, como o *status quo* no Direito Internacional e a posse no Direito Civil gozam

---

[88] Cabe igualmente aqui o "ideal da unanimidade" apresentado para a jurisdição por Walter Jellinek: "*Schöpferische Rechtswissenschaft"* (JELLINEK, 1928).

de proteção jurídica sem que necessitem estar apoiadas em algum fundamento legal. No que se refere às hipóteses de usucapião e de prescrição, o decurso do prazo transforma uma situação ilícita em lícita. Porém, em nome da segurança jurídica, para pôr termo a litígios, mesmo as sentenças injustas adquirem força jurídica e, em sistemas jurídicos nos quais predominam os fatos e os precedentes, passam a ser usadas até como parâmetros para casos futuros assemelhados. Não raro é citar também que os costumes originalmente contrários à lei, transformam-se em direito e podem inclusive impor sua validade contra a lei.

A despeito disso, não se pode esquecer em Gustav Radbruch, que a positividade do direito torna-se assim, de modo muito estranho, "o próprio pressuposto de sua justiça: tanto o ser positivo é parte do conceito de direito justo quanto o ser justo em seus conteúdos é tarefa do direito positivo" (RADBRUCH, 2010, p. 108). De modo semelhante, a ideia de segurança jurídica leva a terríveis paradoxos entre força e direito, embora a força não seja superior ao direito, mas quando vitoriosa, cria ela nova situação jurídica. Em verdade, é sempre diante de um critério de justiça ordenado a um fim que se decide se uma disposição possui, genericamente, natureza jurídica ou se corresponde ao próprio *conceito de direito*[89].

[89] Naturalmente que, com isso, não se decide acerca de sua legitimidade: assim, o artigo 48 da Constituição do *Reich* admite "medidas" que não têm caráter jurídico em virtude de sua natureza individual. Pois bem, a tradução do artigo 48 da Constituição do *Reich* para o português traz a seguinte redação: "Art. 48. Quando um Estado não cumpre os deveres que lhe são impostos pela Constituição ou pelas leis do *Reich*, o Presidente do *Reich* pode obrigá-lo com ajuda da força armada. Quando, no *Reich* alemão, a ordem e a segurança públicas estão consideravelmente alteradas ou ameaçadas, o Presidente do *Reich* pode adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, inclusive com ajuda da força armada caso necessário. Para tanto, pode suspender temporariamente, em todo ou em parte, os direitos fundamentais consignados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. De todas as medidas que adote com fundamento nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, o Presidente do *Reich* deverá dar conhecimento ao Parlamento. A pedido deste, tais medidas se tornarão sem efeito. O Governo de um Estado poderá aplicar provisoriamente as medidas expressas no parágrafo 2º deste artigo quando o atraso em adotá-las implique perigo. Tais medidas se tornarão sem efeito a pedido do Presidente do *Reich* ou do Parlamento. Os pormenores serão regulamentados por uma lei do *Reich*". O artigo 48 da Constituição do *Reich* na versão original alemã traz a seguinte redação: "*Art. 48. Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgese t-zen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaff neten Macht anhalten. Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffen t-lichen Sicherheit und Ordnung nötigen Mahnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen Von allen gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsid ent unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstags außer Kraft zu setzen. Bei Gefahr im Verzuge kann die Landesregierung für ihr Gebiet einstweilige Maß-nahmen der in Abs. 2 be zeichneten Art treffen. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichspräsidenten oder des Reichstags außer Kraft zu setzen. Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz*" (HUBER, 1919).

Para reforçar a compreensão em torno da segurança jurídica, Gustav Radbruch expõe ainda que:

> No Direito inglês, a ideia de segurança jurídica prevalece sobre os demais elementos da ideia de direito, a ponto de um jurista inglês, Bentham (1748-1832) fazer-lhe verdadeiro panegírico: ela nos assegura a possibilidade de prever o futuro e preparar-nos para ele; é fundamento de nossos planejamentos, de nossos trabalhos e de nossa poupança; faz com que a vida não seja apenas uma sucessão de momentos, mas tenha continuidade; faz com que a vida de cada um se transforme em um elo, na cadeia das gerações; é a decisiva característica da civilização, distinguindo o civilizado do selvagem, a paz da guerra, o homem do animal. À sua vez, Jakob Burckhardt - "A segurança burguesa" - muitas vezes traçou, lembrando que momentos de grande florescimento foram carentes de segurança. É possível que, vivendo um longo e excepcional período de paz, entre 1871 a 1914, as pessoas tenham ficado cansadas da segurança - mas nós experimentamos de forma suficiente exatamente o contrário e assim aprendemos a considerar a segurança jurídica um verdadeiro valor. (RADBRUCH, 2015, p. 29).

Em resumo, assiste razão Gustav Radbruch ao asseverar que os três aspectos da ideia do direito - justiça, ideia-fim e segurança jurídica - dominam conjuntamente o direito em todos os seus aspectos, embora possam surgir entre eles profundas contradições. Nas considerações sobre a segurança jurídica, esclarece Arthur Kaufmann (2004) que para o direito ser seguro, deve cumprir três elementos principais, quais sejam: positividade, exequibilidade prática e estabilidade. A positividade não significa apenas e tão simplesmente a circunstância de o direito ser "posto", mas estabelece que "os pressupostos da lei sejam estabelecidos de forma tão exata quanto possível e possam por isso ser determinados sem arbitrariedade (imperativo de precisão)" (KAUFMANN, 2004, p. 282).

Por outro lado, a exequibilidade prática exposta por Arthur Kaufmann sinaliza que "o conhecimento dos fatos juridicamente relevantes deve ser, na medida do possível, isento de erro" (KAUFMANN, 2004, p. 283). O grande problema é que isso leva frequentemente a um aumento e a uma formalização das hipóteses normativas, que pode demasiadamente, no caso concreto, implicar a contradição com a justiça material. Nessa mesma linha de direção, tem-se também a estabilidade do direito (permanência, durabilidade) como um terceiro elemento. Nas palavras de Arthur Kaufmann, "o direito não deve poder ser alterado com ligeireza. Uma legislação de oportunidade[90] não assegura uma aplicação uniforme e fiável" (KAUFMANN, 2004,

[90] O termo em português "legislação de oportunidade" traduzido para o alemão significa

p. 283).

Em tal perspectiva, é interessante observar que a exigência da estabilidade do direito conduz a um conflito de fins no seio da ideia de direito. Nesse sentido, explica Arthur Kaufmann (2004) que do ponto de vista da justiça material, uma lei defeituosa deve ser com a possível brevidade, substituída por outra melhor. Contudo, saliente-se que a justiça também não pode tolerar uma constante alteração da legislação, pois ela terá como efeito a falta de uniformidade na aplicação do direito e, com isso, a injustiça. Daí decorre que, a paz jurídica apenas poderá existir, quando o direito é, de alguma forma, previsível, calculável e não defeituoso. Todavia, o abdicar da segurança jurídica deve limitar-se a casos extremos de "injustiça legal", pois as decisões contrárias à lei muitas vezes também não são reconhecidas sem objeção e podem, dessa forma, trazer consigo a insegurança.

5.3 Leis que não são direito e direito acima das leis: arbitrariedade legal x direito supralegal

Na concepção de Gustav Radbruch, o positivismo engendrado na Alemanha nazista desarmou os juristas frente a leis de conteúdo arbitrário e delituoso. Utilizando-se do princípio "a lei é a lei", máxima do positivismo (que não conhecia qualquer limitação), o regime nazista manipulou seus juízes e perpetrou as mais terríveis atrocidades sob a proteção da legalidade. Termos como "arbitrariedade legal" (RADBRUCH, 1957, p. 66) ou "direito supralegal" (RADBRUCH, 1957, p. 61) eram contradições em si.

De maneira geral, Gustav Radbruch analisa que o positivismo é incapaz de fundar, com suas próprias forças, a validade das leis, uma vez que confunde a validade com a mera confirmação da vigência. No entanto, isso não significa que deva ser de todo abandonado, pois "é verdade que toda lei positiva contém algum valor, independentemente de seu conteúdo: é sempre melhor do que a inexistência de lei, pois gera, pelo menos, segurança jurídica" (RADBRUCH, 1957, p. 65).

Pois bem, o conflito existente entre segurança jurídica e justiça, ou seja, entre uma lei positiva discutível quanto ao conteúdo e um direito justo não positivado, se apresenta, em verdade, como um conflito da justiça consigo própria, pois trata-se de

---

"*Gelegenheitsgesetzgebung*" (KEMPCKE, 2011).

um conflito entre justiça aparente e justiça verdadeira. Em razão disso, Gustav Radbruch propõe, nos seguintes termos, sua reconhecida formulação:

> O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deve resolver-se com prevalência do direito positivo garantido através das leis e do poder, mesmo quando aquele seja pelo seu conteúdo injusto e inadequado, salvo se a contrariedade da lei positiva à justiça for de tal modo intolerável, que a lei, enquanto "direito injusto", deva ceder à justiça. É impossível traçar uma linha nítida entre os casos de negação legal do direito e os casos de leis ainda validadas apesar do seu conteúdo injusto. Pode contudo ser traçada com toda nitidez uma outra distinção: quando nem sequer se pretende alcançar justiça, quando a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, é conscientemente negada pela regulação do direito positivo, então a lei não é apenas "direito injusto", carecendo em termos absolutos de natureza jurídica. Pois não se pode definir o direito, inclusivamente o direito positivo, senão como uma ordem ou regulamentação que, de acordo com o seu sentido, está destinada a servir a justiça. (KAUFMANN, 2004, p. 285).

Na base dessas constatações, Gustav Radbruch esclarece que é impossível traçar uma linha definitória entre os casos de leis arbitrárias e de leis válidas, apesar de seu conteúdo injusto. Porém, há uma delimitação que pode ser feita com tamanha exatidão, relativa às hipóteses em que não se pretende jamais alcançar a justiça. E esta se refere "às hipóteses em que a igualdade, que constitui o núcleo essencial da justiça, é evidentemente negada pela positivação do direito; às hipóteses em que o direito não só é injusto como também carece absolutamente de natureza jurídica" (RADBRUCH, 1957, p. 65).

Entretanto, assinala o jusfilósofo alemão que as leis de conteúdo muito injusto, mesmo que vigentes pelos critérios do ordenamento jurídico a que pertencem, perdem sua natureza jurídica, deixando de ser direito. Da mesma forma, a modificação no *status* da lei não se dá na vigência, mas sim na validade. Porém, não se pode definir o direito, inclusive o direito positivista, de outra forma senão como uma instituição que, por seu próprio sentido, está determinada a servir à justiça. Nesse sentido, conclui-se que, adotando estes padrões, setores inteiros do direito nazista jamais atingiram a qualidade de direito dignamente válido.

Por outro lado, conforme já afirmado anteriormente, assim como a personalidade de Adolf Hitler, o direito nacional-socialista se caracterizava por uma total falta de sentido, de verdade e de direito, e estava propenso a desprezar o requisito essencial da justiça: o tratamento igualitário. "Em consequência, carecia totalmente de natureza jurídica; não se tratava de um direito injusto, mas da total ausência de direito" (RADBRUCH, 1957, p. 65). Há de considerar que todos estes

exemplos são casos específicos de aplicação de “leis injustas”, e na verdade:

> Isto é especialmente válido para todas as legislações que denominavam alguns homens de sub-homens, negando-lhes direitos humanos. Outro exemplo de legislações que sequer chegaram a possuir natureza jurídica eram as cláusulas que previam indistintamente as mesmas punições para os mais diferentes delitos, sem consideração de quaisquer variáveis, permitindo a aplicação da mesma pena - em muitos casos a morte - para o cometimento de delitos com as mais diversas naturezas e gravidades. (GUBERT, 2014, p. 54).

Nesse aspecto, a questão central está em saber ponderar racionalmente o irracional, e isso desde muito cedo foi reconhecido pelo genial Gustav Radbruch. É indubitável a pretensão de que a ciência jurídica, por causa da mutabilidade e arbitrariedade da lei, não teria um objeto adequado a uma ciência, mas já muito antes Pascal formulara o seguinte: “nada de justo e nada de injusto se encontra que não mude a sua essência [...]” (PASCAL, 1978, p. 294). Contudo, para se entender a arbitrariedade legal e o direito supralegal em Gustav Radbruch é preciso a exigência de alguns pressupostos mínimos, pois o direito não é substância, mas relação, ou seja, são as relações das pessoas entre si e com as coisas, incluindo-se aí também o Estado, que constituem o objeto central do direito.

Por isso, sistematicamente, Gustav Radbruch reconhece especialmente após doze anos de experiência nazista, que o conceito de arbitrariedade legal - e a negação da natureza jurídica que esta pode gerar em leis de conteúdo insuportavelmente injusto -, significa “terríveis perigos para a noção de segurança jurídica” (RADBRUCH, 1957, p. 66). Entretanto, o jusfilósofo pontua sua esperança de que as arbitrariedades legais cometidas sejam um desvio jamais repetido pelo povo alemão, e alerta que é preciso prevenir o retorno das arbitrariedades através da superação fundamental do positivismo.

5.3.1 A doutrina de Gustav Radbruch sobre os fins supremos do direito e o relativismo jusfilosófico

A questão que merece destaque aqui é compreender precisamente se a teoria da adequação do direito em Gustav Radbruch é seguramente a última palavra. A bem da verdade, sabe-se que ela constitui uma posição importante no desenvolvimento da concepção material de justiça, e que não pode ser deixada de

lado. Inclusive, muitas vezes se constata um forte descompasso entre a aplicação da lei injusta e a ideia de supralegalidade do direito. A respeito da noção de ilegalidade e de arbitrariedade, deve-se retornar ao império da lei, ao Estado injusto e ao Estado supremo do direito, pois o direito é a busca da realização da justiça para Gustav Radbruch. Na acepção da palavra, a justiça também apresenta várias outras conotações, podendo ser considerada como o julgamento sem preferência de pessoas, medindo a todos com a mesma reta regra.

Por outro lado, no que diz respeito à ideia de supralegalidade, Gustav Radbruch deixa claro que tanto a injustiça legal como o direito supralegal são uma contradição em si, uma vez que a maioria dos casos sugere uma luta contra o positivismo jurídico. Atente-se, porém, que o próprio sentimento de justiça encontra certa desproporção com as previsões legais. Aliás, sempre haverá um confronto claro entre o direito em vigor (direito positivo) e as opiniões de cada pessoa ou grupo sobre a justiça. Entretanto, o problema torna-se ainda mais agudo quando a aplicação de uma lei não só desagrada alguns, mas se revela claramente injusta ou inadequada.

O que fazer, por exemplo, quando uma ditadura priva os cidadãos de suas liberdades, quando um governo conservador cria leis que discriminam os negros ou as mulheres ou, ainda, quando um governo, na tentativa de enfrentar uma verdadeira ou suposta crise econômica, corta os benefícios sociais dos trabalhadores, aumentando a miséria? Ora, diante de tais questionamentos, é peremptório afirmar que surgirão vários métodos para a solução desses conflitos, estabelecendo variados critérios de justiça e aplicação da norma a determinados fatos, mas o grande problema colocado aqui é lidar com as inquietantes questões a respeito da “injustiça extrema” que precisam de respostas. Sobre isso, defende Gustav Radbruch o seguinte:

> A justiça, no entanto, com base em outros pontos de vista, apresenta dois aspectos. Pode denominar-se justa a aplicação ou a obediência de uma lei, e ainda essa própria lei. Àquela primeira espécie de justiça, em especial a do juiz fiel à lei, dever-se-ia chamar preferencialmente justicidade. Aqui, em todo caso, ainda não se trata da justiça medida pelo direito positivo, mas daquela com a qual este é medido. (RADBRUCH, 2010, p. 48).

De fato, tais controvérsias parecem ser muito abstratas e de difícil compreensão para os juristas de uma maneira geral, mas para o jusfilósofo isso é bastante claro, pois a justiça não é uma forma dentro da qual a matéria das relações

sociais se deixa moldar docilmente, mas a forma que essa matéria assume irresistivelmente. Justamente aqui está o grande mérito de Gustav Radbruch, que transcrevendo literalmente as respectivas passagens de sua obra, é possível ser tão rigoroso de forma mais simples, conforme afirma Arthur Kaufmann:

> Para a dedução de proposições jurídicas, a justiça terá de ser complementada pela adequação a fins. Por "fim do direito" não se deve entender uma determinação empírica de fins, mas sim a devida ideia-fim. Enquanto o conceito de justiça pertence à filosofia do direito, a ideia-fim tem que se procurar na ética. A ética integra a doutrina do dever e a doutrina dos bens. Deve entender-se por bens éticos os valores que constituem o conteúdo dos deveres éticos. O fim do direito tanto pode estar referido aos bens éticos como aos deveres éticos. Na doutrina dos bens éticos podem distinguir-se três grupos de valores em função da natureza dos seus portadores: o portador do primeiro é a personalidade individual, do segundo a personalidade coletiva, do terceiro a obra cultural. Consoante a ordem de prevalência destes três tipos de valores, distinguimos três sistemas de valores: para o sistema individualista os bens supremos são os valores da personalidade individual, para o sistema supra-individualista são os valores da personalidade coletiva e para o sistema transpersonalista são as obras culturais. As formas de convivência que correspondem aos três portadores de valores são a "sociedade" individualista, a "coletividade" supra-individualista e a "comunidade" transpessoal. Para ilustração da ideia, pense-se na sociedade como uma relação contratual, na coletividade como um organismo do tipo do corpo humano e na comunidade de criação de obras culturais como um consórcio de construtores em que os seus membros não estão ligados diretamente pessoa a pessoa, mas sim indiretamente através de uma obra comum. O ideal de cada uma dessas três formas sociais de convivência pode exprimir-se sucintamente: liberdade, poder, cultura. O ideal individualista é a liberdade e ele encontra forma político-partidária nos partidos liberais, democráticos e socialistas. Segundo a concepção liberal, o valor da personalidade é - matematicamente falando - um valor infinito e, portanto, não multiplicável, e que tem o direito de se impor mesmo face a relevantes interesses da maioria. O pensamento democrático, ao invés, apenas lhe atribui um valor finito, ou seja, a soma dos valores da personalidade de uma maioria prevalecem sobre os de uma minoria. Enquanto a democracia apenas garante uma liberdade jurídica formal, o socialismo exige uma democracia material, ou seja, a liberdade individual de fato ou econômica, sem contudo se afastarem do objetivo final individualista. A doutrina orgânica, supra-individualista é, por seu lado, a base dos partidos autoritários ou conservadores, de acordo com os quais não é o Estado, o Todo, que existe por causa dos seus membros, mas sim os membros que existem por causa do Todo e as tarefas do Estado estão acima dos próprios interesses da maioria dos cidadãos do Estado. Por fim, a concepção transpessoal não encontrou expressão em nenhuma doutrina partidária. Ela constitui porém o único padrão para a valoração histórica posterior dos povos já desaparecidos, pois apenas sobrevivem as obras culturais desses povos. (KAUFMANN, 2004, p. 250-251).

Da leitura da presente citação, Gustav Radbruch aborda a doutrina dos deveres éticos que conduz as exigências absolutas em face do direito. Sobretudo, sua crítica principal é dirigida à concepção de que cada um desses elementos

(valores supremos do direito) pode determinar o conteúdo do direito. Da mesma forma, é colocada a tarefa de determinar, sem arbitrariedade, que tais valores jurídicos não estão numa harmonia preestabelecida e recíproca, isto é, eles não só se complementam como também se contrapõem em múltiplos aspectos. A esse respeito, ensina Arthur Kaufmann que:

> A ordem de prevalência das três classes de valores não se pode unívoca e comprovadamente determinar. Os fins e *valores supremos do direito* não variam apenas em função das condições sociais dos diferentes povos e épocas, variando também subjetivamente de pessoa para pessoa, consoante o sentimento jurídico, a concepção do Estado, a posição partidária, a religião, a mundividência. A decisão apenas pode provir das profundezas da própria personalidade, só pode ser decisão de consciência, a ciência deve limitar-se a preparar estes três grupos de valores para a decisão. Ela serve esta decisão de três formas diversas; 1. Ao expor de forma sistematicamente completa as valorações possíveis; 2. ao apresentar os meios para a sua realização e, assim, as exigências delas resultantes; 3. ao desvendar os pressupostos mundividencionais de cada tomada da posição valorativa. Este *relativismo* ensina de três formas diversas o indivíduo, não a reconhecer aquilo que deve, mas aquilo que verdadeiramente quer, ou seja, aquilo que de forma consciente tem de querer caso se submeta à lei da congruência. (KAUFMANN, 2004, p. 251).

É por esse motivo que Gustav Radbruch afirma que verdadeiramente útil é apenas o que é justo, e aquilo que contraria o princípio da igualdade não pode ser útil. Nessa questão, toda a filosofia do direito substantiva terá que se colocar à prova, uma vez que tal princípio goza de validade quando em conformidade com essa compreensão, sendo universalizável na supremacia do direito. Todavia, não se deve afirmar que tudo o que é útil ao povo é direito, mas ao contrário, tudo o que é direito deve ser útil ao povo. Lado outro, o que é “justo”, o que é “o seu”, é algo a que o direito não dá respostas, embora todas as concretizações do absoluto são antes de tudo, como afirma Johannes Messner, “deixadas à vontade dos membros da sociedade” (MESSNER, 1950, p. 345), sendo portanto, em última análise, uma questão inteiramente de poder. Porquanto, em tais conceitos pode-se inegavelmente constatar um certo relativismo das normas e regras gerais mais concretas.

5.3.2 O direito de resistência no Estado de “não-direito”: manifesto abuso do poder estatal diante de uma “lei injusta” e um “não-direito”

Literalmente, em pleno regime nazista, a equiparação do direito a um benefício ao povo, mesmo que apenas presumido ou pressuposto, transformou o

Estado de direito alemão em um Estado de “injustiças extremas”. O grande debate acerca da postura do aplicador do direito perante “leis injustas” reanimou e provocou inúmeras polêmicas entre juristas de todo o mundo. Não obstante a isso, várias foram as indagações sobre a existência de um direito superior ao direito legislado “direito supralegal”, ou mesmo um direito superior a todo o direito positivo “direito suprapositivo”. E mais, o que ocorre exatamente se esse direito entrar em conflito com o direito positivo? Note-se que alguns juristas aplaudiram a postura dos tribunais alemães por terem colocado a justiça acima do direito em vigor, e outros se mostraram bastante céticos, considerando que seria preferível perdoar. Sobre a aplicação da lei pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, escreve Luís Afonso Heck o seguinte:

> O Tribunal Constitucional Federal deve, em comparação com o Tribunal Estatal da Constituição de Weimar, receber competências mais amplas. Ele é a instância suprema em questões de direito federal e, com isso, “guarda da Constituição” no verdadeiro sentido da palavra. As decisões do Tribunal Constitucional Federal e as ordens por ele decretadas para a sua execução devem ser vinculativas para todos os tribunais e outras autoridades. Na medida em que constatarem a nulidade de uma lei ou parte dela, as suas decisões possuirão força de lei e serão publicadas tal como a lei. (HECK, 1998, p. 86-87).

Observa-se do texto acima, segundo Luís Afonso Heck, que há uma gradativa importância da atuação do Tribunal Constitucional Federal Alemão na proteção dos direitos fundamentais dos alemães, direitos estes que foram totalmente desconsiderados e negados durante o regime nazista. Diferentemente disso, chega-se a um claro questionamento: como poderia um soldado que acatava ordens legais do *Führer* pensar que após uma mudança de regime viria a ser punido por ter obedecido às leis de seu Estado? Ora, a corte alemã sofreu duras críticas contra essa jurisprudência. A quem sustente que quando há uma mudança de regime, os atuais “donos do poder” querem simplesmente se vingar de seus adversários derrotados e aplicar uma “justiça dos vencedores” com o pretexto de que só eles criam e aplicam o verdadeiro direito, aquilo que chamam de “direito justo”.

A resposta à aplicação de leis retroativas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão às barbáries e atrocidades praticadas no regime nazista tem explicação naquilo em que o direito repousa com primordialidade: a proteção dos direitos humanos. Nesse aspecto, o direito é capaz de mediar e promover a integração

através de um conjunto de regras e princípios com o intuito de manter a ordem jurídica inquebrantável. E para isso, o Tribunal Constitucional Federal Alemão possui uma grande importância para afirmar este direito na sociedade das leis. É papel do Direito Constitucional alemão, verdadeiramente, dar a seus cidadãos mecanismos para ver seus direitos fundamentais protegidos da ação do Estado de "injustiças extremas".

No que toca ao direito de resistência, o problema está intimamente ligado à validade jurídica, pois não se pode opor resistência ao direito inteiramente válido. Ora, é preciso lembrar que o direito de resistência em sentido amplo não se dirige apenas contra a autoridade ou contra as leis, mas também, contra indivíduos e grupos, quando estas ameacem a Ordem Constitucional. No entanto, a resistência nas tiranias e regimes totalitários pode ser exercida de forma ativa e passiva não violenta ou de forma violenta. Todavia, explica Arthur Kaufmann que:

> O positivismo considera como direito válido qualquer norma jurídica positiva corretamente aprovada independentemente do seu conteúdo, e, consequentemente considera também legítima qualquer autoridade que se baseie em tal direito. Deste modo, não poderá haver direito de resistência; esta poderá quando muito ser moralmente legítima (aqueles que resistiram durante o "Terceiro *Reich*" teriam assim agido com elevação moral, mas contra o direito!) (KAUFMANN, 2004, p. 306).

Como observado anteriormente, viu-se que o "direito positivo" pode assumir a forma de uma "lei injusta" ou um "não-direito", mas jamais poderá ser responsabilizado pela absurda acusação que recai sobre si no sentido de que ele teria legitimado e encorajado os regimes totalitários do século passado. Nesse caso, é naturalmente relevante saber se está apenas em causa a validade de determinadas leis no quadro geral de um Estado de direito ou se o Estado é ele próprio um Estado de "não-direito". O direito de resistência somente deve ser exercido subsidiariamente, isto é, quando estão esgotados todos os meios legais e pacíficos de alguma forma. Além disso, deve ser exercida apenas para a defesa do direito, não para satisfação de interesses e necessidades pessoais, e menos ainda para alcançar o poder. Compreende-se, pois, que a resistência no direito não é revolução, e aquele que exerce resistência deve possuir os conhecimentos mínimos necessários para reconstituir a ordem jurídica perturbada, extirpando de uma vez por todas o manifesto abuso do poder estatal diante de uma "lei injusta" e um "não-direito".

5.4 A fórmula teórica de compatibilização entre a positividade e a justiça: uma resposta afirmativa ao caráter jurídico das normas ou dos sistemas normativos

A princípio, no esforço para superar a injustiça nacional-socialista, Gustav Radbruch criou uma fórmula teórica de compatibilização entre a positividade e a justiça que se tornou muito famosa. Ela certamente não é considerada a pedra filosofal do direito, mas seria difícil encontrar uma fórmula melhor para determinado contexto. A quem diga, mas o jusfilósofo nunca foi um positivista pleno, pois sempre considerou problemática a aplicação da lei com conteúdo injusto ou imoral. Prova disso é a sua afirmação, em 1914, de que "não se pode conceber nenhuma justificação para a vigência do direito manifestamente injusto" (KAUFMANN, 2002b, p. 65-66).

Não obstante, é preciso observar que Gustav Radbruch, apesar de abandonar o positivismo em 1945, nunca modificou suas noções acerca da filosofia e do conceito de direito. É certo que ele foi o responsável pela reabilitação da filosofia do direito, ao superar o conflito entre as posições estanques do positivismo e do direito natural. Depois de 1945, Gustav Radbruch continuou a operar com o mesmo conceito de direito. Entretanto, a partir da constatação de que o positivismo é incapaz de explicar a validade do direito através da separação absoluta entre direito e moral e, verificando as consequências morais da aplicação desta teoria no contexto da Alemanha nazista, o jusfilósofo fez uma importante inversão na relação existente entre os elementos de seu conceito de direto. Deve-se ressaltar, porém, que a fórmula radbruchiana possui um grande significado teórico, sendo, por isso, essencial como reserva de direitos humanos. A despeito disso, afirma Robert Alexy na obra “Teoria Discursiva do Direito” que:

> Realmente a altura do limiar da injustiça extrema conduz à questão sobre se a fórmula de Radbruch de fato possui um papel em estados democráticos constitucionais. O catálogo de direitos fundamentais de estados democráticos constitucionais proíbe muito mais que a fórmula de Radbruch. Na verdade, toda injustiça extrema perpetrada pelo estado constituiu uma lesão a direitos fundamentais, mas nem toda lesão a direitos fundamentais constitui uma injustiça extrema. Assim, o catálogo de direitos fundamentais de estados democráticos constitucionais garante tudo que a fórmula de Radbruch exige e, além disso, muito mais. Por isso, a fórmula de Radbruch de fato seria, de um ponto de vista prático, desnecessária, se, em primeiro lugar, existissem no mundo apenas estados democráticos constitucionais bem organizados e se, em segundo lugar, um estado que tivesse se tornado

> um estado democrático constitucional jamais pudesse retroceder a um estado injusto. Ora, há estados no mundo que não são estados democráticos constitucionais ou não são estados democráticos constitucionais bem organizados, e não se pode nunca excluir completamente a possibilidade até mesmo de um estado democrático constitucional bem organizado se degenerar em um estado injusto. (ALEXY, 2014c, p. 361).

É notório afirmar, que a fórmula de Gustav Radbruch "descreve as fronteiras absolutas e perpétuas da positividade" (ALEXY, 2014c, p. 361), mas ela não expõe que toda injustiça retira do direito positivo, ou em outros termos, do direito estabelecido autoritativamente e socialmente eficaz o caráter jurídico ou a validade jurídica. A esse respeito, a referência da genialidade de Gustav Radbruch estampada em sua teoria não é apenas por causa de sua conhecida fórmula, segundo a qual, em suma, a "injustiça extrema" não é direito, mas, sobretudo porque sua interpretação do direito como "a realidade cujo sentido é servir à justiça" (RADBRUCH, 2010, p. 51), vai muito além dos paradigmas impressos na teoria do direito.

Há quem reconheça expressamente que os critérios de identificação da fórmula de Gustav Radbruch são difíceis de operacionalizar por causa de sua indeterminação, sendo que na realidade, encobriria a verdadeira natureza da questão. De outra parte, é interessante expor que em relação a isso, Lon Füller entende que o recurso à invalidade, propiciado pela fórmula radbruchiana, é a única e verdadeira opção para interpretar as leis nazistas, pois o "argumento do dilema moral entre a obrigação de obedecer à lei e a obrigação de agir moralmente não faz qualquer sentido" (HALDEMANN, 2005, p. 171).

Por isso, Robert Alexy, um dos autores contemporâneos que mais se ocupa da fórmula radbruchiana, traduz que aquele que sustenta a fórmula abandona a tese positivista. Porém, de acordo com Roberta Magalhães Gubert, verifica-se que os ensinamentos de Gustav Radbruch são especialmente valiosos para a teoria da validade[91] do direito de Robert Alexy, desenvolvida no *Begriff und Geltunhgdes Rechts*, onde "a fórmula radbruchiana integra seu conceito de direito não-positivista, sob a denominação argumento da injustiça" (GUBERT, 2014, p. 58). Em seus textos, Robert Alexy utiliza-se de até quatro versões da fórmula, dependendo da extensão

[91] Sobre a "teoria da validade", conferir a obra de Alfonso García Figueroa: "*Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy"* (FIGUEROA, 1998, p. 328).

adotada. A forma mais breve e simplificada é "a injustiça extrema não é direito"; a mais extensa é:

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

Com efeito, a fórmula possibilita à luz de outras observações de Gustav Radbruch, diferentes interpretações, pois o caráter jurídico é na verdade perdido após a incorreção ou injustiça alcançar uma “medida intolerável” (ALEXY, 2014c, p. 276). Nesse sentido, é através do conceito de direito extraído por Gustav Radbruch, que Robert Alexy tem a pretensão de superar o modelo positivista da tese da separação total entre direito e moral e, de acordo com este entendimento, acrescenta aos já conhecidos elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social, “um novo e terceiro elemento, que possibilita a correção material do conteúdo jurídico, uma vez que o direito será permeado por elementos morais” (GUBERT, 2014, p. 149). De acordo com Robert Alexy:

> A fórmula de Radbruch foi aplicada pela jurisprudência da República Federal da Alemanha para a solução das injustiças do nacional-socialismo. Se os argumentos aqui aduzidos a seu favor forem convincentes, ela é recomendada como critério de julgamento do caráter jurídico das normas estabelecidas em conformidade com o ordenamento e socialmente eficazes da antiga RDA. (ALEXY, 2014c, p. 276).

É bom frisar que, enquanto os positivistas (que adotam a teoria da separação entre direito e moral) trabalham com um conceito de direto baseado somente na legalidade conforme o ordenamento e na eficácia social, sendo indiferente o conteúdo do direto, como o prova a célebre frase de Hans Kelsen, "portanto, qualquer conteúdo pode ser direito" (ALEXY, 2004c, p. 229); os não-positivistas que seguem a fórmula radbruchiana permanecem adotando a legalidade segundo o ordenamento e a eficácia social, entretanto, incorporarão um terceiro elemento ao seu conceito de direito, qual seja, a *correção material* do conteúdo como critério limitativo. Conforme é possível observar, o abandono do positivismo em sentido axiológico teve como consequência mais radical a doutrina da subordinação da lei à justiça. No “Quinto minuto de Filosofia do Direito”, escrito por Gustav Radbruch,

verifica-se que:

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

De tal maneira, Gustav Radbruch atinge o ponto máximo de seu racionalismo com a afirmativa conclusiva de que os direitos humanos estão abrigados em normas supra-estatais, a que qualquer direito positivo deve se coadunar, sob pena de ser considerado inválido. No entanto, o jusfilósofo critica ainda a ordenação jurídica nazista com fulcro na respeitabilidade e imposição forçosas dos valores jurídicos e dos direitos humanos supra-estatais, os quais afastam de vez qualquer pretensão positivista de justificar todo totalitarismo. Todavia, a priorização material da justiça na segunda fase do pensamento radbruchiano foi uma necessidade histórica e social de honorabilidade aos direitos humanos a partir do reconhecimento de que só a justiça e o conjunto dos direitos humanos postos como prioridade efetivada pelo Estado, seriam capazes de realizar a correta acepção dos direitos humanos que deveriam ser positivados como fundamentais (legais) garantidos às pessoas humanas.

Não é demasiado referir, que em Robert Alexy, o argumento da injustiça é idêntico à fórmula de Gustav Radbruch, tendo como objetivo um situação de exceção do sistema jurídico: a de leis extremamente injustas. A propósito, entende Robert Alexy que a fórmula radbruchiana aponta para uma conexão classificatória, estando no centro de suas considerações. Porém, afirma que ocorre uma conexão classificatória “quando se afirma que normas ou sistemas normativos que não satisfazem um determinado critério moral não são normas jurídicas ou sistemas jurídicos” (ALEXY, 2014c, p. 277). Da mesma forma, na obra intitulada “Teoria Discursiva do Direito”, Robert Alexy faz uma distinção clara entre o sistema jurídico como um sistema de normas e o sistema jurídico como um sistema de

procedimentos[92]:

> Como um sistema de *procedimentos* o sistema jurídico é um sistema de ações que apoia em regras e guiado por regras, através das quais normas são estabelecidas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e executadas. Como sistema de *normas* o sistema jurídico é um sistema de resultados ou produtos de normas, independentemente dos modos de procedimentos de produção de normas. Pode-se dizer que aquele que toma o sistema jurídico como um sistema de *normas* refere-se a seu lado externo. Ao contrário, trata-se do lado interno quando o sistema jurídico é considerado como sistema de *procedimentos*. (ALEXY, 2014c, p. 277).

Tal distinção se torna importante do ponto de vista prático, haja vista que Robert Alexy defende em sua tese que "normas isoladas de um sistema jurídico perdem o seu caráter jurídico quando são extremamente injustas" (ALEXY, 2014c, p. 279), por isso, o *argumento da correção* constitui a base para a fundamentação de sua teoria, onde alega que "tanto normas jurídicas isoladas e decisões jurídicas isoladas quanto sistemas jurídicos como um todo levantam uma pretensão de correção" (ALEXY, 2014c, p. 279).

Deve-se, todavia, ressaltar, que o argumento da correção oferece uma saída para a justificação da fórmula de Gustav Radbruch, sendo que tal justificação deve consistir em argumentos normativos. Contudo, diante dos vários pontos de vista que podem ser apresentados a favor ou contra a fórmula radbruchiana, Robert Alexy descreve oito argumentos que serão resumidamente aclarados a seguir, de forma a dar sustentáculo às proposições racionais estabelecidas por Gustav Radbruch: *argumento linguístico, argumento da clareza, argumento da efetividade, argumento da segurança jurídica, argumento do relativismo, argumento da democracia, argumento da inutilidade* e *argumento da honestidade.*

Pois bem, de acordo com Robert Alexy, no que concerne à ambiguidade e a vagueza do termo "direito", um *argumento analítico* ou *linguístico* conclusivo não pode ser apresentando tanto a favor quanto contra a fórmula radbruchiana. Nesse sentido, explica que:

> O argumento linguístico não deve assim prejudicar argumentos substanciais, o que significa que ele deve ser compatível com diferentes

[92] Sobre o sistema jurídico como um sistema de procedimentos, conferir em Robert Alexy: "*Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*", in: "*Rechtstheorie, Beiheft*" (ALEXY, 1981, p. 185 ss.). A distinção de Füller entre "o esforço de propósito" que entra na produção do direito e o direito que de fato emerge desse esforço poderia se aproximar da distinção aqui encontrada entre norma e procedimento (FÜLLER, 1969, p.193).

> teses substanciais. Quando se aceita a tese de que há bons motivos jurídicos para que o juiz não aplique a Regulamentação[93] nº 11, produzindo-se assim uma decisão que contradiz seu teor literal, não seria adequado, sob esse pressuposto, que o juiz afirmasse que a Regulamentação nº 11 é direito. Uma vez que ele decide com base em razões jurídicas, ele deve considerar também sua sentença como direito. E uma vez que ela contradiz a Regulamentação nº 11, a classificação dessa Regulamentação como "direito" teria como consequência o fato de ele ter que afirmar que normas contraditórias uma à outra, a saber, a norma geral estatuída através da Regulamentação e a norma individual expressada na sentença, devem ser consideradas "direito". Essa contradição pode ser resolvida sem problemas se o juiz afirmar que a Regulamentação nº 11 seria direito "*prima facie*", mas, no resultado, não seria direito. Com isso se expressa que o seu caráter jurídico seria negado no curso do procedimento de aplicação. Se há bons motivos jurídicos para não se aplicar a Regulamentação nº 11, o juiz não só pode afirmar que ela, no resultado, não é direito, como deve fazê-lo para evitar uma contradição. Assim, o argumento linguístico de Hoerster[94] estaria correto somente se nunca pudesse haver bons motivos jurídicos para se decidir contra o teor de uma lei extremamente injusta. (ALEXY, 2014c, p. 281-282).

É preciso sublinhar, que frente à possibilidade de não existirem bons motivos jurídicos, tal tipo se apresenta como uma questão substancial, que não pode ser decidida com referência em uma reflexão sobre o uso adequado da linguagem. Isso quer dizer então que o argumento linguístico de Norbert Hoerster não pode "fundamentar qualquer objeção contra a inclusão de elementos morais em um conceito de direito adequado sob a perspectiva do participante. Ao contrário, se motivos substanciais justificam uma tal inclusão, o uso linguístico tem que segui-los" (ALEXY, 2014c, p. 282).

Por outro lado, o segundo argumento na disputa sobre a fórmula de Gustav Radbruch é o *argumento da clareza*. Há de considerar que a clareza entendida como simplicidade, não é o único objetivo de uma construção conceitual, por isso, sua formulação clássica é mais evidente em H. L. A. Hart:

> Pois se nós seguirmos a opinião de Radbruch e, com ele a justiça alemã, expressarmos nosso protesto contra leis abomináveis, e que certas normas, por serem moralmente intoleráveis, não podem ser direito, traremos assim confusão a uma das mais fortes - porque mais simples - formas de crítica moral. Se tomarmos a linguagem clara do utilitarismo, falaremos que leis positivas podem ser direito, porém direito muito abominável para merecer

[93] Pode servir como exemplo a Regulamentação nº 11, da Lei de Cidadania do *Reich*, de 25 de novembro de 1941, através da qual foi retirada de judeus inimigos, por motivos raciais, a nacionalidade alemã. O Tribunal Constitucional Federal considerou essa Regulamentação nula *ab initio* porque ela foi um dos inúmeros meios de aniquilar psíquica e materialmente, de acordo com critérios racistas, uma parte determinada da própria população, incluindo mulheres e crianças (ALEXY, 2014c, p. 280).

[94] Sobre o teor da lei "extremamente injusta", conferir Norbert Hoerster: "*Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff*" (HOERSTER,1987).

> observâncias. Esse é um julgamento moral que todos compreendem e que reivindica ampla observância moral imediata. Mas quando fazemos valer nosso protesto de modo que essa coisa abominável não seja direito, afirmamos algo que as pessoas não acreditam e que, quando elas estão preparadas em geral para pensar a respeito, chama a atenção para toda uma profusão de disputas filosóficas, antes que se pudesse aceitá-las [...]. Se nos são disponíveis os ricos meios da linguagem clara, não deveríamos apresentar a crítica moral a normas como tese de uma filosofia contestável. (HART, 1971, p. 45).

Nesse diapasão, Robert Alexy esclarece que a "falta de clareza é causada muito mais pelo fato de a linha de fronteira entre normas extremamente injustas e normas não extremamente injustas não ser, em vários casos, fácil de demarcar" (ALEXY, 2014c, p. 283). Isso não é, todavia, um problema referente ao argumento da clareza, mas sim ao argumento da segurança jurídica. O grande ponto que deve ser destacado no caso do argumento da clareza é a questão se em geral elementos morais devem ser incluídos no conceito de direito. H. L. A. Hart e Norbert Hoerster não se dirigem a indeterminações conceituais de tipo geral, mesmo porque o conflito existente entre direito e moral deve ser compreendido conceitualmente (o que o direito exige é uma coisa, o que a moral demanda seria outra coisa).

No que toca ao *argumento da efetividade*, é preciso distinguir duas teses importantes: a primeira alerta que "um conceito de direito não-positivista não poderia gerar qualquer efeito contra a injustiça legal" (ALEXY, 2014c, p. 286), e a segunda, posiciona-se no sentido de que "um conceito de direito não-positivista contém o perigo de legitimar de forma acrítica a injustiça legal" (ALEXY, 2014c, p. 286). Em relação à primeira tese, Robert Alexy sustenta que se poderia concordar com H. L. A. Hart e Norbert Hoerster, onde:

> [...] tais definições do conceito de direito, desenvolvidas no plano da teoria e da filosofia do direito, não podem mudar a realidade. Não há uma diferença essencial se um juiz, em um estado injusto, refere-se a Hart e com base em motivos *morais* se recusa a aplicar uma lei extremamente injusta ou se ele o faz, com Radbruch, referindo-se a motivos *jurídicos*. Em ambos os casos ele tem que considerar as vítimas, e a disposição de chamar para si a responsabilidade depende de outros fatores, não da definição do conceito de direito. (ALEXY, 2014c, p. 288).

Dessa maneira, minimamente, pode-se ter como certo que, em um Estado injusto, o conceito não-positivista de direito é tão eficaz quanto o seria um conceito positivista. Contudo, um importante efeito do conceito não-positivista de direito em Estados injustos é o chamado "efeito de risco" (ALEXY, 2014c, p. 289). Em outras

palavras, de acordo com Edna Torres Felício Câmara, sob o conceito não-positivista de direito, “ao pronunciar, por exemplo, uma condenação penal por crime de terrorismo respaldada por uma norma injusta, o juiz correrá o risco de, mais tarde, não conseguir justificar-se e ser processado” (CÂMARA, 2015, p. 80). Na verdade, o risco seria bem menor sob um conceito positivista de direito, que, aliás:

> Isso deixa claro que uma aceitação preponderante ou geral de um conceito de direito não-positivista aumenta o risco para aquelas pessoas que, em um estado injusto, praticaram ou participaram de atos legalmente injustos. [...] A aceitação preponderante ou geral de um conceito de direito não-positivista pode, desse modo, ter efeitos até mesmo em um estado injusto. Em geral, pode-se por isso dizer que, sob o ponto de vista da repressão de injustiças legais, os efeitos práticos do conceito de direito não-positivista não são, de todo modo, piores que os do conceito de direito positivista e, em alguns aspectos, são até melhores. (ALEXY, 2014c, p. 290).

No que se refere à segunda tese, para Robert Alexy ela não prospera, uma vez que tal risco somente existiria se a tese da vinculação afirmasse que uma norma somente seria jurídica se seu conteúdo fosse condizente com a moral (tese forte da vinculação). Ao contrário, a fórmula de Gustav Radbruch expressa que "o direito positivo, assegurado através de um estatuto e do poder, tem então a precedência, mesmo quando seu conteúdo for injusto e inconveniente" (ALEXY, 2014c, p. 286). Nesse sentido, o caráter jurídico da norma somente será retirado quando houver uma contradição insustentável entre direito e moral (tese da conexão fraca). Por seu turno, é interessante destacar que as normas injustas (imorais) podem ser direito e isso permite uma crítica interna ao direito. Portanto, “o caráter jurídico da norma apenas será retirado a partir de certo limiar marcado por exigências morais mínimas” (CÂMARA, 2015, p.80).

Com isso, percebe-se que as expectativas que Gustav Radbruch combina ao conceito de direito não-positivista se apoiam em uma “enorme superestimação” (HOERSTER, 1987, p. 185) dos efeitos que o teórico tem sobre o comportamento dos cidadãos e juristas. Para explicar isso, Norbert Hoerster afirma que:

> Não se pode mudar a realidade através de uma mera definição de um conceito. Uma lei moralmente questionável, promulgada porém no contexto de um ordenamento jurídico válido, possui, a partir de então, considere-a o filósofo do direito “direito válido” ou não, apesar de sua imoralidade, propriedades que uma lei livre de objeções morais também possui: ela atingiu um estado de conformidade com a constituição válida. Ela será aplicada e executada pelos funcionários que lidam com o direito. E quem recusar obedecê-la, por exemplo por causa de seu caráter imoral, deve

> contar com as consequências de um ilícito jurídico. Todos esses fatos também não podem ser criados a partir do mundo, através da opção pela definição do conceito de direito antipositivista impregnada de moral. (HOERSTER, 1987, p. 186).

Pois bem, em relação ao *argumento da segurança jurídica*, Robert Alexy ensina que "esse argumento de fato atinge aquela variante do não-positivismo que assume uma tese da conexão forte, que diz que toda injustiça levaria à perda do caráter jurídico" (ALEXY, 2014c, p. 290). Apesar do argumento da segurança jurídica ser bastante debatido, quando é utilizado por aqueles contrários à aplicabilidade da fórmula de Gustav Radbruch, demonstra que o não-positivismo põe em risco a segurança jurídica. Aliás, "quando se concede a todos a autoridade para com apelo a seu juízo de justiça, não obedecer às leis, o argumento da segurança jurídica se fortalece como argumento do anarquismo" (ALEXY, 2014c, p. 290).

De forma resumida, explica Edna Torres Felício Câmara que esse argumento transforma-se no "argumento da anarquia quando se admite o pressuposto de que o julgamento que se faz das normas, a partir do argumento da injustiça, autoriza a que todos desobedeçam às leis" (CÂMARA, 2015, p. 81). Na verdade, nenhum não-positivista de direito que se preze defende tal ponto de vista. Sendo assim, o que importa observar é se há juízos de justiça que são racionalmente fundamentáveis, e nesse aspecto, pode-se dizer que aquele que, com base em uma fundamentação racional, vê que uma ação é injusta e reconhece essa injustiça. O que vale, então, é a proposição no sentido de que "quanto mais extrema é a injustiça, mais certo é o seu reconhecimento" (ALEXY, 2014c, p. 291). Por outro lado, de forma reflexiva, pode haver casos nos quais não se pode falar com absoluta certeza se ocorre uma "injustiça extrema".

Tal atitude apresenta insuperáveis consequências, uma vez que em comparação com a insegurança com a qual o reconhecimento do direito geralmente está conectado não seja relevante, mesmo porque, a tese não-positivista da conexão leva em consideração necessariamente a uma perda mínima da segurança jurídica. De acordo com essa análise, adverte Robert Alexy que:

> No julgamento da questão sobre a aceitabilidade dessa perda mínima da segurança jurídica deve-se levar em consideração que a segurança jurídica é um valor elevado, mas não o único. O valor da segurança jurídica deve ser ponderado em face do valor da justiça material. A fórmula de Radbruch chega a uma ponderação que dá a precedência à segurança jurídica e então, em casos extremos, inverte a relação de precedência. Contra isso só

> se pode objetar algo aquele que considera a segurança jurídica um princípio absoluto[95], o que, como toda busca de um princípio absoluto, tem algo de fanatismo. (ALEXY, 2014c, p. 291).

Destarte, para Robert Alexy, o dano mínimo à segurança jurídica é aceitável desde que sopesado com o dano à justiça material, isso porque, como bem destaca o jusfilósofo alemão, considerar a segurança jurídica ou qualquer outro princípio como princípio absoluto, "tem algo de fanatismo" (ALEXY, 2014c, p. 291). De acordo com Edna Torres Felício Câmara, as reflexões que aqui são colocadas levam a um questionamento importante: existiria algo como a injustiça extrema?

> A resposta a essa questão pode ser esboçada pela análise do *argumento do relativismo*. Segundo a tese do relativismo radical, tanto a injustiça quanto à injustiça extrema são insuscetíveis de fundamentação racional ou recognição objetiva. Isso significa que o juiz, quando decidir contra a lei, decidirá sempre de acordo com suas preferências subjetivas. (CÂMARA, 2015, p. 81).

Não obstante, Robert Alexy derruba esse argumento explicando que:

> Se todas as decisões de justiça não fossem outra coisa que a mera expressão de emoções, decisões, preferências, interesses ou ideologias, isto é, se correspondessem à tese do relativismo radical e do subjetivismo, pouco diriam a favor de um conceito não-positivista de Direito. Nesse caso, a fórmula de Radbruch não seria outra coisa que a autorização ao juiz, em casos nos quais suas convicções subjetivas se vissem afetadas de modo especialmente intenso, para decidir contra a lei. No entanto, o não-positivismo pressupõe uma ética não relativista, ao menos rudimentar (ALEXY, 2004c, p. 246).

Como bem observou Robert Alexy, analisando a teoria radbruchiana, a aniquilação física e material de uma minoria da população por motivos racistas é considerada uma “injustiça extrema”. Se não for possível entender isso, ainda assim, a referência à realidade de um consenso já seria um ponto de partida. Nesse aspecto, Robert Alexy entende que “o argumento do relativismo refina o argumento da segurança jurídica” (ALEXY, 2014c, p. 291). No que tange ao *argumento do relativismo*:

> Ele afirma não só que a fronteira entre injustiça extrema e injustiça não extrema é difícil de se reconhecer, mas também que todo juízo de justiça,

[95] Sobre o conceito de princípio absoluto, conferir em Robert Alexy: “*Theorie der Grundrechte”* (ALEXY, 1985, p. 94).

> portanto também aqueles sobre uma injustiça extrema, não é passível de uma fundamentação racional ou de um reconhecimento objetivo. Essa é a tese do relativismo radical. Se essa tese for verdadeira, a inclusão de elementos morais no conceito de direito significa nada mais que se oferecer ao juiz a possibilidade de decidir contra a lei nos casos em que suas preferências pessoais são afetadas de forma especialmente intensa. (ALEXY, 2014c, p. 292).

Ainda assim, a respeito dessa ideia, particularmente, observa Norbert Hoerster que:

> Não existe nenhuma garantia ou sequer possibilidade de que aquela moral que o juiz ou o cidadão em questão incorpore em seu conceito de direito seja de fato uma moral "esclarecida" [...]. Nada em geral [...] advoga a favor de que as representações morais de qualquer indivíduo determinado ou de qualquer sociedade determinada sejam mais esclarecidas em qualquer sentido (por exemplo mais humanas ou mais justas) que as normas jurídico-positivas do estado correspondente. Há precisamente não só, como os opositores do positivismo jurídico sempre voltam a sugerir, os juízes ou os cidadãos que confrontados com "leis nazistas" prefeririam seguir uma moral humanitária. Há, do mesmo modo, juízes ou cidadãos que confrontados com leis democráticas (por exemplo da República de Weirmar ou de Bonn) prefeririam seguir uma moral nazista. (HOERSTER, 1986, p. 2482).

Deve-se considerar, então, que o argumento do relativismo torna explícito aquilo que no argumento da efetividade e no argumento da segurança jurídica já seria plenamente visível: "o não-positivismo assume pelo menos um ética não relativista rudimentar" (ALEXY, 2014c, p. 292). Não foi por acaso que antes de 1933, Gustav Radbruch fundamentou a sua concepção positivista através do relativismo, isto é, através da tese de que uma fundamentação intersubjetivamente conclusiva de proposições não seria possível. O fato é que:

> Mas então se provou impossível responder à pergunta sobre o fim do direito senão através da enumeração das variadas opiniões partidárias sobre o assunto - e exatamente por causa dessa impossibilidade de um direito natural pode ser fundamentada a validade do direito; o relativismo, até aqui apenas o método do nosso exame, entra, agora, como membro da construção do nosso sistema. (RADBRUCH, 1973, p. 175).

Por outro lado, observa-se que depois de 1945, Gustav Radbruch retira do ceticismo relativista um grupo básico de direitos humanos e fundamentais que:

> Certamente eles são isoladamente cercados de muita dúvida, mas o trabalho dos séculos elaborou um grupo sólido, reunido com tão ampla aceitação nas denominadas declarações de direitos do homem e do cidadão, que no que diz respeito a muitos deles, somente um ceticismo

> deliberado pode ainda manter dúvidas. (RADBRUCH, 1990a, p. 328).

Dessa maneira, é interessante verificar em Robert Alexy que um cético pode objetar que o desenvolvimento de determinados pontos de vista morais nos últimos séculos ou milênios foi um erro, e que seria possível identificar que todos ou quase todos estivessem incorrendo num erro. No entanto, para eliminar essa objeção cética, é preciso demonstrar que uma proposição como "a aniquilação psíquica e material de uma minoria da população por motivos raciais é uma injustiça extrema" (ALEXY, 2014c, p. 293), e como tal, pode ser fundamentada racionalmente. Por sua vez, "a aniquilação psíquica e material de uma minoria da população por motivos racistas não é uma injustiça extrema" (ALEXY, 2014c, p. 293), pode ser racionalmente refutada.

Ora, deve-se observar, então, que tanto uma proposição pode ser fundamentada racionalmente como outra pode ser racionalmente refutada. A grande preocupação de Norbert Hoerster é a de que, em um dado momento, um juiz possa argumentar com base em uma "moral nazista", contra leis democráticas que atingiriam a condição de justas, e nesse caso, "ele teria falhado no que diz respeito a um amplo consenso sobre os direitos fundamentais, pelo menos em um estado que se encontra na tradição dos direitos humanos ou a inaugurou" (ALEXY, 2014c, p. 294). Quanto a isso, é relevante argumentar que se juízos racionalmente fundamentados sobre "injustiça extrema" são possíveis, há de maneira preponderante, motivos racionais para não se argumentar com base em uma "moral nazista", isto é, contra leis que atingiriam o Estado democrático. Por isso, afirma Robert Alexy que:

> Um risco grave de que um juiz, apelando a um conceito de direito não-positivista, retire o caráter jurídico de leis justas por causa de uma violação intolerável contra uma "moral nazista" existe apenas em uma sociedade que já se devotou majoritariamente a uma "moral nazista". O fato de o não-positivismo poder, em uma tal sociedade, ser mal utilizado dessa maneira é uma desvantagem, que porém não é muito grave. Quando uma "moral nazista" começa a ser dominante, leis que a contradizem em uma medida extrema não são mantidas por muito tempo. (ALEXY, 2014c, p. 294).

Ademais, tendo em vista o que foi sustentado por Robert Alexy sobre o argumento do relativismo, há uma outra objeção possível em relação ao conceito de direito não-positivista, que seria o *argumento da democracia*. Para Robert Alexy, a

objeção democrática “afirma que o conceito de direito não-positivista contém o perigo de que, através do apelo à justiça, o juiz se posicione contra as decisões do legislador democraticamente legitimado” (ALEXY, 2014c, p. 294). Pode-se compreender a partir daí, que essa objeção perde a sua forma quando se leva em consideração que o conceito de direito não-positivista permite a supressão do caráter jurídico somente em casos de “injustiça extrema”. Por sua vez, prepondera que em Estados democráticos, há que se levar em conta que a fórmula radbruchiana, ao referir-se apenas à “injustiça extrema”, tem eficácia somente nesse núcleo essencial.

Não obstante, é bom frisar que a fórmula de Gustav Radbruch tem um significado prático muito importante, sobretudo, após o colapso de um governo “extremamente injusto”. Nesse sentido, Robert Alexy analisa que o *argumento da inutilidade* estipula “que a injustiça legal poderia ser considerada não através da supressão da qualidade jurídica, mas sim de um outro modo” (ALEXY, 2014c, p. 295). Entretanto, “o novo legislador tem nas mãos a possibilidade de compensar a injustiça legal através de uma lei retroativa” (ALEXY, 2014c, p. 295). Para compreender corretamente o argumento da inutilidade é preciso distinguir casos de direito penal daqueles que não são direito penal. Nessa ótica, revela Robert Alexy que:

> O parágrafo 2º do artigo 103 da Lei Fundamental formula a máxima jurídica elementar “*nulla poena sine lege*” como norma do direito constitucional positivo. Com isso está o legislador ordinário proibido de editar normas penais retroativas. Isso pode ser generalizado. Se a Lei Fundamental atribui à máxima “*nulla poena sine lege*” *status* constitucional, não se pode, no âmbito do direito penal, alegar que a promulgação de uma lei ordinária retroativa tornaria o emprego de um conceito de direito não-positivista inútil. Ora, certamente poder-se-ia pensar em uma mudança da constituição que permitisse, em casos de injustiça extrema, exceções à máxima “*nulla poena sine lege*”, e assim também à máxima “*nullum crimen sine lege*”. Sob a vigência de uma constituição que, como a Lei Fundamental, artigo 79, parágrafo 3º, retira do constituinte derivado a competência de mudar princípios elementares do estado de direito, seria porém uma tal exceção pelo menos problemática. A esse problema jurídico acrescenta-se um problema fático. Mesmo se fosse permitido munir a máxima “*nulla poena sine lege*” com uma cláusula de exceção, é extremamente questionável se uma tal cláusula teria a maioria qualificada necessária para uma mudança na constituição. Tudo isso mostra que a mera reprovação ao legislador não constitui prova, em todos os sistemas jurídicos e sob todas as circunstâncias, a favor da inutilidade da fórmula de Radbruch. (ALEXY, 2014c, p. 295).

O grande problema que se depara, conforme afirma Robert Alexy (2014c), não é o da inutilidade de um conceito de direito não-positivista, mas sim a questão

de se saber se o emprego de um tal conceito de direito não conduziria a uma exclusão da máxima "*nulla poena sine lege*". Merece destaque, porém, o que o juiz deve fazer quando o legislador permanece inerte e quando a injustiça legal não pode ser considerada na hipótese, a partir do novo direito constitucional válido, sendo insignificante para a decisão que se aguarda. A partir dessa análise, uma dúvida pode ser sublinhada: deve o juiz produzir decisões que se baseiam em "injustiça extrema" e constituem "injustiça extrema"? Como resposta a este questionamento, explica Robert Alexy que:

> Poder-se-ia dizer que o juiz deve fazer isso para provocar o legislador a promulgar leis retroativas. Mas isso significaria, em inúmeros casos, especialmente no direito civil, que, a fim de que o legislador reagisse, seria imposta aos cidadãos atingidos uma decisão a eles desfavorável, que se baseia em injustiça extrema e que é extremamente injusta. Desse modo o cidadão seria duradoura ou temporariamente tratado como meio para provocação da atividade legislativa. Isso não é compatível com seus direitos fundamentais. Isso já mostra que a menção a uma mera possibilidade de uma lei retroativa não é suficiente para demonstrar a inutilidade do emprego de um conceito de direito não-positivista. Quando o legislador não faz uso dessa possibilidade e quando a injustiça legal não pode ser considerada, a partir do novo direito constitucional válido, insignificante para a decisão que se aguarda, o emprego de um conceito de direito não-positivista é útil para preservar os direitos fundamentais do cidadão. Acrescenta-se a esse argumento, que se baseia nos direitos dos cidadãos, um segundo, que se apoia na pretensão de correção. Toda decisão judicial levanta, como explicado acima, necessariamente uma pretensão de correção. Uma decisão que se baseia em uma injustiça extrema e constitui injustiça extrema não alcança essa pretensão de correção. Há, pois, dois motivos que enfraquecem o argumento da inutilidade fora do âmbito do direito penal e que advogam a favor da necessidade de um conceito de direito não-positivista: o respeito aos direitos do cidadão e a pretensão de correção. (ALEXY, 2014c, p. 296-297).

Em outros termos, o último argumento proposto por Robert Alexy é o da *honestidade.* A questão a ser colocada aqui é "que o conceito de direito não-positivista conduziria, em casos de direito penal, a uma exclusão da máxima '*nulla poena sine lege*'" (ALEXY, 2014c, p. 297). Para ilustrar o argumento da honestidade trazido por Robert Alexy, H. L. A. Hart menciona um caso decidido pelo Tribunal Superior Estadual de Bamberg[96] em 1949, que estabelece o seguinte:

> Uma mulher que queria se livrar de seu marido, declarou às autoridades, em 1944, que ele teria feito, durante um exercício militar, observações negativas sobre Hitler. O marido foi preso e, de acordo com

[96] Conferir em Olg Bamberg: "*Oberlandesgericht Bamberg*", Tribunal de Justiça Regional de Bamberg, in: "*Süddeutsche Juristen-Zeitung*" (OLG, 1950).

> regulamentações que consideravam tais manifestações puníveis, condenado à morte, não tendo porém sido executado, mas sim enviado para cumprimento condicional da pena no fronte. Em 1949, a mulher foi processada por privação de liberdade. O Tribunal Superior Estadual em Bamberg, ao qual o caso finalmente chegou, considerou a mulher culpada. A Justiça adotou a concepção de que a sentença de morte tinha sido legal, pois uma vez que as leis penais nacionais-socialistas sobre as quais ela se baseava exigiam somente "uma abstenção, a saber, ficar em silêncio", tal sentença não teria sido produzida com base em uma "lei claramente contraditória ao direito natural". A mulher foi condenada com base em uma construção jurídico-dogmática de direito penal controversa, segundo a qual uma privação de liberdade punível também pode ser cometida em autoria mediata quando o agente imediato, ou seja, a Justiça, agiu legalmente. A acusação teria sido ilegal, porque ela "teria infringido o senso de equidade e de justiça de todo ser pensante decente". (ALEXY, 2014c, p. 297).

Veja-se que a correção dessa construção dogmática de direito penal deve ser aqui deixada de lado, pois não interessa que H. L. A. Hart tenha descrito o caso de maneira incorreta, como ele mesmo mais tarde reconheceu[97], na medida em que o "Tribunal Superior Estadual de Bamberg teria chegado a seu resultado considerando que as leis nacionais-socialistas que tinham servido de base à sentença de morte teriam tido sua validade jurídica suprimida" (HART, 1971, p. 44). De fato, o que importa, segundo Robert Alexy, é o fundamento da condenação, pois de acordo com H. L. A. Hart, o Tribunal condenou a mulher negando validade jurídica às leis nas quais se baseara a sentença de morte do marido. Nesse sentido, H. L. A. Hart objeta contra isso duas outras possibilidades, quais sejam:

> Uma era deixar a mulher sair impune: pode-se encontrar simpatia e concordância em relação à concepção de que essa teria sido uma solução ruim. A outra era contentar-se com o fato de que se a mulher devesse ter sido punida, isso deveria ter acontecido abertamente através da promulgação de uma lei retroativa, com consciência plena daquilo de que se abre mão para conseguir puni-la. Por mais repulsivo que pudesse ter sido executar abertamente uma legislação penal e uma punição retroativas, teria havido pelo menos a vantagem da honestidade. Isso teria tornado claro que no caso da punição da mulher teria que se ter escolhido entre dois males: o mal de deixá-la sem punição e o mal de sacrificar um princípio moral valioso, que a maioria dos sistemas jurídicos aprova. (HART, 1971, p. 44).

Pois bem, analisando as ponderações de Robert Alexy, é bom registrar que o "argumento da honestidade é o argumento mais forte contra o conceito de direito não-positivista. Contudo ele não o derruba" (ALEXY, 2014c, p. 298). No entanto, a fórmula de Gustav Radbruch é de certa forma restringida no âmbito penal pela proposição "*nulla poena sine lege*", tendo efeito tão-somente fora do direito penal.

[97] Conferir em Herbert Lionel Adolphus Hart: "The Concept of Law" (HART, 1961, p. 234 ss.).

Saliente-se, pois, que para Robert Alexy:

> A fórmula de Radbruch levaria à punibilidade somente daqueles atos cujo conteúdo injusto é tão extremo e por isso tão evidente que pode ser reconhecido mais facilmente que em muitos casos habituais do direito penal. Em todo caso isso é aceitável quando não se trata de, como no caso de informantes, produzir-se, com a ajuda de um conceito de direito não-positivista, normas que fundamentam a punibilidade, mas sim de derrubar a injustiça legislativa que leva a uma exclusão da punibilidade. Se a injustiça dessas normas é tão extrema e com isso tão evidente, de modo que qualquer um possa reconhecê-la, então não se pode falar em um efeito retroativo encoberto. Assim, já que essa injustiça era claramente perceptível quando o ato foi praticado, e porque ela era, naquele momento, tão extrema e por isso tão evidente que qualquer um poderia claramente reconhecê-la, essas normas não eram já no momento do ato um direito que pudesse levar à punibilidade. Com isso não se muda, de forma retroativa, a situação jurídica, mas apenas se averigua qual era a situação jurídica no momento do ato. (ALEXY, 2014c, p. 299).

Neste prisma, relata ainda Robert Alexy (2014c) que a fórmula radbruchiana tem um caráter exclusivamente negativo, pois não dá lugar a novos tipos penais, mas apenas elimina normas ou causas de justificação (extremamente injustas) em um regime injusto. Em outros termos, de acordo com Edna Torres Felício Câmara, “compreende-se que a situação jurídica não é modificada retroativamente - ela já era injusta no momento do ato - e não se pode falar em falta de honestidade no mascaramento de uma retroatividade oculta” (CÂMARA, 2015, p. 85). Desse modo, quanto ao argumento da honestidade, importa observar em Robert Alexy que o próprio Gustav Radbruch nunca associou a aplicação do argumento de injustiça à harmonia, mas a conflitos e perigos.

Certamente, ao se falar de uma injustiça insuportável, deveria existir um ponto de contato entre o resultado e a intenção, haja vista que para Gustav Radbruch a validade decorre dos valores que estão acima da ordem jurídica (existem valores suprapositivos ao qual a ordem jurídica adere). Todavia, Robert Alexy entende que a fórmula radbruchiana “pressupõe um direito suprapositivo, no sentido de que a aplicação da fórmula conduz a uma fundamentação que se utiliza de princípios jurídicos que não estão positivados” (ALEXY, 2004c, p. 217). Contudo, Robert Alexy afirma que a característica de destaque da fórmula radbruchiana é que “esta não exige uma coincidência completa entre direito e moral, uma vez que permite que o direito positivado e eficaz seja válido mesmo que seu conteúdo seja injusto” (ALEXY, 2004c, p. 228-229). Sendo assim, Gustav Radbruch não exige uma orientação da totalidade do direito à moral, mas, sim, incorpora ao direito um limite externo.

Em suma, a fórmula radbruchiana, que foi criada na tentativa de superar a não vinculação entre direito e moral, defendida pelo positivismo, bem como o conflito entre as posições estanques deste e do direito natural, adquire importância na medida em que se refere aos casos em que não se pretende alcançar a justiça, nos quais a igualdade, que constitui a primazia da justiça, é negada claramente pelo direito positivo. Nesses casos, não somente o direito é injusto, mas também carece de qualquer natureza jurídica, isto é, as leis de conteúdo muito injusto, mesmo que vigentes pelos critérios do ordenamento jurídico a que pertencem, perdem sua natureza jurídica, ou melhor dizendo, deixam de ser direito.

Disso resulta que a modificação no *status* da lei não se dá na vigência, mas, sim, na validade. Contudo, é possível concluir que a "injustiça extrema" não é direito em hipótese alguma. Assim, diante de tais considerações, após a análise da aplicabilidade da fórmula de Gustav Radbruch e do estudo sobre a arbitrariedade legal e o direito supralegal, o próximo capítulo deverá investigar conclusivamente se a perda do caráter jurídico de normas individuais e/ou coletivas, após transposto o limiar do direito extremamente injusto, afetaria o sistema jurídico como um todo, colocando em perigo os direitos fundamentais (legais) garantidos às pessoas humanas.

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

6 A "INJUSTIÇA EXTREMA" E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: POSSIBILIDADES ARGUMENTATIVAS DE SUA APLICAÇÃO JURÍDICA

O problema a respeito da "injustiça extrema" em Gustav Radbruch torna-se um elemento central de sua teoria, principalmente porque é intenso o contraste entre os valores do ordenamento jurídico positivo e não-positivo. Em razão disso, delineou-se no presente trabalho o caminho para se alcançar a determinação conceitual do direito, que está submetida, em última instância, ao fim supremo da ação humana, fim este que não é jamais estabelecido sem se ater a uma posição filosófica, consciente ou inconscientemente. Nesse sentido, uma vez ultrapassadas as reivindicações a respeito da análise das correntes positivistas e não-positivistas, deve-se compreender neste trabalho que a única forma de ser fiel a uma norma iníqua é não aplicá-la, pois esta é a sua correta aplicação.

Diante de tais aporias, exige-se, pois, saber que espécie de realidade é essa que está destinada a servir à justiça. Para tanto, afirma-se na prática que "a justiça não é o princípio completo, mas o princípio específico do direito" (RADBRUCH, 2010, p. 51), isto é, aquele que estabelece a pauta para sua determinação conceitual. Por isso, é notório sustentar que a justiça em sua adequação ao direito significa justeza, embora esse aspecto substantivo do sentimento de justiça preponderante na sociedade seja ou deveria ser, epistemologicamente, a fonte jurídica por excelência.

Na verdade, não é mais possível aceitar os sofismas e as falácias que, durante séculos, fizeram da lei ou da ideia de lei, um instrumento exterior ao homem, alheio ao seu íntimo consentimento. O ideal seria fixar que a lei, quando rechaçada pela maioria da sociedade, sobretudo pelos espíritos mais desinteressados, é a tal ponto tirânica. Neste aspecto, a lei assim analisada é um tanto contraditória, visto que seu comando pode conduzir à justiça ou à injustiça. No entanto, as relações humanas são vistas como superiores às relações formais, pois não se podem reduzir os seres humanos à condição de coisas, o que é oposto a qualquer expressão de justiça. Como bem observa Juarez Freitas, "Coisificar é injustiçar" (FREITAS, 1989, p. 70). Se a lei não atende um fim precípuo dignamente, falecem os seus atributos de lei e não consegue ser uma imagem da lei social. Claro está, porém, que as possibilidades de aplicação do direito em Gustav Radbruch, permitem uma liberação responsável da rigidez e da subserviência conservadora à lei.

Espera-se nesse trabalho que uma reflexão prática a respeito da “injustiça extrema” em Gustav Radbruch possa contribuir para o reavivamento do debate da jusfilosofia em torno dos valores e da concepção de uma legitimação do direito a partir da abordagem axiológica e crítico-discursiva. Dessa maneira, é através da compreensão da fundamentação do direito em Gustav Radbruch (o grande mestre de Heidelberg), que a crise de legitimação do direito poderá ser enfrentada, ou até mesmo racionalizada, sendo importante observar que a concepção da realidade referida a valores evidencia a ideia do direito, da qual depende o “conceito” de direito.

Nota-se, porém, que a abordagem da teoria do direito em Gustav Radbruch, principalmente alicerçada na ideia de defesa de um conceito de direito não-positivista torna possível o estudo da “injustiça extrema” e o Estado democrático de direito. Contudo, é evidente que este trabalho abrirá o caminho para várias investigações que enriquecerão e ampliarão o horizonte de compreensão daqueles juristas que procuram respostas em meio à problemática na aplicação do direito. Isso é extremamente importante do ponto de vista da pesquisa jurídica, justamente porque foi Gustav Radbruch um dos principais autores que introduziu a sistematização dos valores na esfera jurídica.

Todavia, é interessante salientar, que ao se atribuir novas dimensões ao problema dos valores na contemporaneidade, isso significa debater com diversas tradições da filosofia pós-metafísica, o que no direito faz-se presente a partir da percepção do mesmo como fenômeno cultural multifacetado, envolto em uma série de problemas que representam o desafio regulador da conduta humana. Em termos pragmáticos, quanto mais uma sociedade se afasta da moral e da ética, mais distante estará da definição de um “conceito” claro de direito.

Não raro é citar, que o jusfilósofo introduziu o debate sobre os valores no âmbito jurídico, sendo importante para a fundamentação dos direitos humanos em meados do século XX no pós-guerra. Contudo, acredita-se que os direitos humanos, os valores, a moral e a ética, são problemas recorrentes na contemporaneidade e merecem ser discutidos neste ensaio com bastante propriedade. No entanto, forçoso é asseverar que resultam equivocadas as posições positivistas e mecanicistas, dando conta da lei sempre como direito. Aliás, numa visão racionalizante sobre as estruturas formais e materiais do próprio direito, é possível reconhecer que nem sempre todo direito é lei.

A solução que se apresenta aos inúmeros embates em torno da “injustiça extrema” deve ser orientada no sentido de que tais reflexões são um convite à meditação sobre os problemas de regulação da conduta humana no contexto social, e como o direito vem tentando normatizá-la na perspectiva axiológica dos direitos humanos. Contudo, a dinâmica do estudo da teoria radbruchiana possui, sobretudo, neste trabalho, um caráter de “libertação”, onde as amarras do positivismo jurídico devem ser rechaçadas em prol de uma teoria racional de proteção dos direitos humanos voltada para um Estado democrático de direito. Porém, deve-se perquirir como é possível aperfeiçoar o direito de modo a torná-lo uma realidade referida a valores, cujo sentido é servir à justiça? Para responder a este questionamento, Newton de Oliveira Lima adverte para o seguinte:

> A síntese da filosofia da cultura de Radbruch demonstra que o Direito, assim como a cultura em geral, vive uma crise axiológica, não encontrando um ponto de apoio arquimediano que o lance a viagens mais elevadas se não fugir da normatividade positivista. A secularização, a laicização, o individualismo possessivo e a formalidade do legalismo provocaram uma crise de identidade dos valores do Direito que minaram sua legitimidade. Horizontes de tentativas de superação dessa crise somente ocorrerão, entenda-se então a importância das discussões travadas por Gustav Radbruch, com um redirecionamento do problema valorativo na esfera jurídica como parte importante no processo de legitimação e interpretação do Direito[98]. (LIMA, 2009b, p. 32-33).

É preciso pensar que o direito não é, como querem os formalistas, tão-somente um reino da necessidade. O direito pode ser entendido para além desse único preceito, de maneira a contribuir para assegurar efetivamente as condições de exercício da liberdade humana e realizar uma ação social transformadora de certas estruturas de dominação, através da limitação do poder excessivo de organismos sociais. Analisando dessa forma, as leis não podem ser interpretadas apenas no aspecto formal, mas à luz destes mesmos fatos com todos os seus valores. No entanto, entende Newton de Oliveira Lima que através disso:

> [...] provém a imprescindibilidade de uma abordagem axiológica do direito, o qual, dominado pela perspectiva acrítica da construção formalista e legalista do positivismo é insuficiente na normatização de estruturas sociais arcaicas e opressoras. (LIMA, 2009b, p. 23).

[98] Obra de referência no sentido de analisar a crise de legitimação na sociedade. Conferir em Jürgen Habermas: “A crise de legitimação no capitalismo tardio” (HABERMAS, 2002).

Cumpre destacar, porém, que é preciso a reestruturação da fundamentação axiológica do direito dentro de um projeto crítico-discursivo do agir humano, de forma a combater a alienação que se abate sobre o homem "pós-moderno[99]". Em verdade, pretende-se a partir daí, reconhecer a dialeticidade da norma, decidindo que o objeto de seu julgamento nunca pode ser confundido com as regras do direito positivo, as quais negligenciam a própria natureza do direito em sua essência. Por isso, o escopo principal deste trabalho é a exposição do pensamento jusfilosófico de Gustav Radbruch, que contribuirá para o "estudo da referência do direito a valores e da filosofia jurídica como fator de embasamento teórico do operador do direito em seu embate pela libertação do ser humano das opressões sociais e ideológicas que o envolvem" (LIMA, 2009b, p. 25).

Em outros termos, a lei e a prática jurídica foram ao longo da história influenciadas pela maneira de pensar e de fazer das sociedades, atribuindo-se ao direito uma larga significação. E por mais que se possa abstrair nesse sentido, o mito da genialidade natural de Gustav Radbruch, que o tempo provou ser verdade, parece ser a resposta mais provável para explicar a defesa de um conceito de direito não-positivista, que na prática contribui para a análise da "injustiça extrema" e o Estado democrático de direito. Desse modo, considerando os marcos da teoria radbruchiana, é possível destacar que o jusfilósofo trás uma solução para o relacionamento dos valores jurídicos no contexto do direito positivo, que evidencia um sentido de concretização pragmática oriunda de um reconhecimento histórico de proteção aos direitos em geral.

Assim como o emprego de um conceito de direito não-positivista é útil para preservar os direitos fundamentais do cidadão, os principais elementos do conceito de direito de Gustav Radbruch, que são a igualdade (justiça), a ideia-fim (finalidade) e a segurança jurídica (eficiência), podem ser verificados em um Estado democrático de direito. Acentua-se, porém, que em Gustav Radbruch, a igualdade é compreendida como o cerne da justiça, entretanto, pode ser considerada como um elemento da democracia. Isso se torna bastante evidente nas palavras de Marcelo

[99] A perspectiva positivista e empirista em sua evolução, desde Hume ao neopositivismo, destruiu a objetividade da racionalidade enquanto razão substancial e teleológica ligada a valores objetivos, deixando a apreciação axiológica aos ditames do subjetivismo relativizado e irracional. A queda da capacidade judicativa da razão e a debilitação da capacidade crítica pela superafetação da própria racionalidade instrumental e técnica foi, de fato, consequência do desenvolvimento iluminista. Entretanto, o iluminismo e sua racionalidade crítica se movem dentro de uma "dialética de esclarecimento" que não cessa, caminhando por uma vertente crítica da função e das possibilidades da razão (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 91).

Campos Galuppo, que explica o seguinte:

> A questão que pretendo analisar neste livro é: o que é o Princípio Jurídico da Igualdade nesta forma histórica de Estado, ou seja, no Estado Democrático de Direito, qual é seu fundamento e que funções desempenha? Minha hipótese, que pretendo demonstrar ao longo do trabalho, é que o Princípio Jurídico da Igualdade pode ser entendido nesse contexto como um princípio que permite a maior inclusão possível de cidadãos nos procedimentos públicos de justificação e aplicação das normas jurídicas e de gozo de bens e políticas públicas, que pode ser fundamentado na dimensão linguística do direito e que desempenha a função básica de permitir a sobrevivência democrática de uma sociedade pluralista. Como pretendo mostrar, tal função é compatível, inclusive, com algumas formas de tratamento diferenciado, como é o caso das ações afirmativas e das propostas da assim chamada sociedade inclusiva. (GALUPPO, 2002, p. 22).

No que se refere às analises desenvolvidas pela maioria dos juristas do século XX, (que se preocuparam de alguma forma com o tema da igualdade), Gustav Radbruch se destaca não por compreender tecnicamente tal princípio, mas por fundamentar racionalmente o princípio da igualdade. Através de seus estudos, o jusfilósofo antes de tomar posse de tal princípio, queria estabelecer uma posição reconstrutiva de fundamentação racional, que conscientemente ou inconscientemente, poderia operar em um Estado democrático de direito. Nesse sentido, como afirma Marcelo Campos Galuppo, “mesmo o Estado Democrático de Direito não pode eliminar qualquer projeto ou qualquer valor, mas, ao contrário, deve reconhecer todos os projetos de vida, inclusive os minoritários, igualmente valiosos para a formação da autoidentidade da sociedade” (GALUPPO, 2002, p. 21).

Assim como é possível compreender o princípio da igualdade (justiça) como um elemento da democracia, torna-se interessante observar, também, que a ideia-fim (adequação a fins - valores - historicamente determinados) possibilita a realização daquilo que se encontra regulamentado em normas. A ideia-fim em Gustav Radbruch é considerada um princípio material porque sua percepção é realizar a sistematização de direitos nas circunstâncias mutáveis de determinado contexto histórico. Neste aspecto, de acordo com o jusfilósofo, este princípio material pode variar de acordo com o fim relativista em que é observado ou aos costumes de cada comunidade. Todavia, entende-se que os fins do direito podem estar referidos tanto aos bens morais quanto aos deveres morais, possibilitando a institucionalização do sistema jurídico e a racionalização do conteúdo das leis.

Por outro lado, para que a ideia-fim possa ser concretizada no direito, torna-

se relevante reconhecer que sua tarefa é possibilitar a coexistência de diversos projetos de vida sem que sejam feridas as exigências de igualdade e de segurança jurídica, essenciais à integração da sociedade, conforme alude Gustav Radbruch. Nesse sentido, explica Marcelo Campos Galuppo que "[...] o problema não é, portanto, harmonizar a convivência dos seus habitantes, mas buscar aqueles fins comuns que os unem" (GALUPPO, 2002, p. 37). Por isso, salienta Gustav Radbruch que o "Estado por si não é nunca um fim, mas sua importância reside em ser uma condição sob a qual se cumpre o fim da Humanidade, e este não é outro senão o desenvolvimento de todas as forças do homem" (RADBRUCH, 2010, p. 81-82).

Sem dúvida, a ideia de finalidade para o jusfilósofo alemão pode ser facilmente compreendida como o resultado de uma valoração na qual se escolhe a ação que melhor se adapte ao alcance dos objetivos de determinada sociedade. E isso pode ser também verificado em uma sociedade democrática. Da mesma forma, partindo desta constatação, infere-se que o direito como criação humana, tem em sua lógica interna uma finalidade, cujos objetivos determinados dependem dos propósitos do Estado, enquanto delimitador de regras jurídicas para a sociedade.

Assim, Gustav Radbruch parte de uma concepção jurídica de Estado, compreendendo este como uma instituição jurídica de onde emana o direito e, daí, sobrevém a relação mútua. Porém, se o direito é fruto da produção estatal, as suas finalidades estão intimamente relacionadas com as do Estado, pois como este edita normas, acaba imprimindo suas intenções nelas, visando o alcance de objetivos pré-estabelecidos ou fins propostos (efetividade do direito). Nesse sentido, delimita Gustav Radbruch que:

> Enquanto o problema da justiça pode ser colocado e respondido independentemente da utilidade, e portando da finalidade do Estado, surge agora pela primeira vez, no círculo de nossas considerações, o Estado no âmbito do problema do fim do direito. Uma vez que o direito, ou sua parte essencial, é vontade do Estado, e este, em sua parte essencial, é instituição jurídica, as questões sobre a finalidade do direito e a finalidade do Estado são inseparáveis. (RADBRUCH, 2010 p. 77-78).

Pois bem, enquanto o princípio formal da igualdade (justiça) e o princípio material da ideia-fim (finalidade) podem ser instrumentalizados em um Estado democrático de direito, outro princípio importante também pode ser acoplado a esse contexto social democrático, que é o princípio material da segurança jurídica (condição de funcionalidade autoritativa). Constata-se, pois, com base em Arthur

Kaufmann (2004), que a segurança jurídica é garantida através da cognoscibilidade, aplicabilidade e efetividade do direito. A esse respeito, observa-se que os pressupostos da norma jurídica devem ser estabelecidos da forma mais exata quanto possível, e assim serem determinadas sem arbitrariedade.

Além disso, em termos de exequibilidade prática, o conhecimento dos fatos juridicamente relevantes deve ser, na medida do possível, isento de erro, para só assim poder se falar em estabilidade do direito. Considerar a segurança jurídica como um verdadeiro valor para Gustav Radbruch é pressupor que: "*salus populi suprema lex est"* (DUBBER, 2005, p. 110); "a segurança do povo é a suprema lei" - é a única coisa que importa. Todavia, pode-se afirmar que a segurança jurídica garantida pelo direito positivo justifica a vigência dele, mesmo quando injusto, então tem-se que: "*legis tantum interest ut certa sit, ut absque hoc nec iusta esse possit"* (BACON, 1826, p. 408); "é tão importante a certeza da lei que, sem esta, ela deixa de ser justa". Sinaliza Otávio Augusto Drummond Cançado Trindade que:

> [...] a segurança jurídica é exigência dirigida ao Direito Positivo de criar certeza ordenadora. Henkel refere-se a um saber possível, seja ele o conhecimento de uma situação jurídica presente ou a expectativa, fundada na calculabilidade, de um ato jurídico futuro. O autor chama atenção para o fato de que a segurança jurídica não se dirige apenas àqueles submetidos ao direito, mas também aos aplicadores do direito[100] (embora também estejam a ele submetidos). (TRINDADE, 2006, p. 16).

Assim como em Gustav Radbruch, no Estado democrático de direito, a segurança jurídica visa a garantir valores constitucionalmente protegidos, pois se o "fundamento do Estado é uma ordem constitucional positiva cuja *raison d'être*[101] é a proteção de direitos fundamentais, a segurança jurídica é, concomitantemente, pressuposto e função dessa ordem" (TRINDADE, 2006, p. 20). Assevera-se, pois, que sem segurança jurídica é inconcebível o exercício dos direitos fundamentais, tendo em vista que a lei, legitimada democraticamente e condicionada à ação do próprio Estado, representa garantia de liberdade e de igualdade aos indivíduos, permitindo-lhes prever o comportamento dos demais indivíduos e dos demais órgãos do Estado em geral.

Do exposto, conclui-se que da mesma forma que é possível a defesa de um

---

[100] Sobre a noção de "segurança jurídica", conferir em Heinrich Henkel: "*Introducción a la filosofia del derecho*" (HENKEL, 1968, p. 544-553).

[101] A tradução da expressão francesa "*raison d'être*" para o português é "finalidade, intenção, propósito" (LAROUSSE, 2005).

conceito de direito não-positivista, um estudo pormenorizado sobre a "injustiça extrema" e o Estado democrático de direito possibilitam discursivamente a aplicação prática do direito. E isso só será plenamente satisfatório na constante avaliação da cultura pelos cidadãos de uma "sociedade aberta[102]", quer submetendo-a a crítica constante de seus fundamentos, quer alertando-a para as perspectivas e projeções do futuro.

6.1 Objeções teórico-discursivas sobre a defesa de um conceito de direito não-positivista: a ideia de superação das ilusões positivistas

No presente contexto, é preciso salientar que há mais pontos de convergência do que divergência entre o positivismo e o não-positivismo. Assim, ambos têm em comum, de um ponto de vista mais genérico, a pretensão de explicar o conceito de direito ou aquilo que pode ser tido como essencial e necessário acerca do direito em toda e qualquer comunidade que possua um sistema jurídico. O que resta comum é, que tanto o positivismo quanto o não-positivismo, compartilham a pretensão de oferecer uma explicação universal do direito. Todavia, diante de tal busca incessante, o propósito específico deste trabalho é claramente a defesa de um conceito de direito não-positivista enquanto superação do positivismo, que no entanto, o submete a crítica e incorpora seus avanços.

Desse modo, torna-se fundamental 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 justificação normativa suficiente, inclusive, para se projetar como alternativa viável ao positivismo. No entanto, 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, mas uma alternativa racional para que este se desenvolva adequadamente.

A principal objeção teórico-discursiva que se costuma opor à adoção da concepção não-positivista consiste na perda de segurança jurídica. De fato, ao se

[102] Sobre a "sociedade aberta", conferir em Karl Raimund Popper: "A sociedade aberta e seus inimigos" (POPPER, 1987, p. 40).

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. Como explica Maren Guimarães Taborda, Plínio Saraiva Melgaré e Alexandre Mussoi Moreira, “para essas questões a utilização do raciocínio tópico demonstrou-se ser uma solução adequada, ao permitir a utilização de pontos de vista exteriores ao sistema legal usado, possibilitando a sua abertura sem perda de segurança jurídica” (TABORDA; MELGARÉ; MOREIRA, 2011, p. 222).

Pois bem, a lógica do legalismo que reduziu o direito à lei - com sua máxima de que regras são procedimentos formais previstos no âmbito normativo -, possibilitou a fundamentação de um direito “estéril” na sociedade e, em consequência, a decadência proeminente do positivismo jurídico. Saliente-se, pois, que a partir de então, o declínio do positivismo jurídico e a ascensão do não-positivismo foram mais evidentes, principalmente com a reaproximação do direito aos valores éticos e morais. Por isso, com o término da Segunda Guerra Mundial, foi possível observar uma grande renovação no direito em razão das novas exigências políticas e sociais, estigmatizadas, segundo se constata na quase integralidade dos diplomas legais, por uma reafirmação da fé na legalidade democrática e nos direitos fundamentais, com um supervalorização dos direitos humanos.

De fato, a ascensão do não-positivismo jurídico e a legitimação de novos diplomas legais garantistas e racionais, possibilitou o levante da verdadeira pilastra sustentadora da legalidade democrática. Não obstante, frente à complexidade sistêmica deste trabalho, que investiga a análise da “injustiça extrema” de Gustav Radbruch em paralelo com Estado democrático de direito, a defesa de um conceito de direito não-positivista expressa em sua essência toda a mudança de paradigma, que exige a criação de uma nova forma de pensar o direito, de interpretar e criar o direito, exigindo que todos os juristas envolvidos tenham conhecimento desta mudança de paradigma, o que, por infelicidade, ainda não ocorreu em países ditos periféricos como é o caso do Brasil. É de se observar, porém, que a busca de uma compreensão adequada da ontologia jurídica, para além de sua manifesta relevância teórica, tem importantes reflexos práticos, na medida em que é preciso saber se os operadores do direito podem ou devem levar em consideração elementos morais para a reconstrução do direito válido a partir dos textos normativos.

Poder-se-ia dizer, então, que cabe ao jurista no presente caso, alicerçando sua postura nos princípios gerais do direito, opor-se a lei que, por iníqua, contrarie tais princípios, os quais garantam a juridicidade ético-política do próprio sistema. No entanto, é preciso estabelecer que o julgamento do "jurídico", apesar de todos os riscos que tal ideia implica, não mais se divorcie do problema ético da justiça, fazendo-se com que o Judiciário deixe de ser um mero aplicador do direito positivo para ser o garantidor dos princípios sustentáveis da justiça. Ora, não é mais crível entender o direito como apenas um sistema de leis, pois as leis podem apresentar "injustiças extremas" em seu conteúdo. A questão central é que o direito para ser bem compreendido deve buscar o prudente, o razoável, o justo, tendo em vista que seus juízos não são apodíticos, dogmáticos ou transdogmáticos. A ideia de direito revela-se desse modo o elemento analítico da sistemática jurídica, ou seja, aquilo que se opõe ao sentimento de força bruta para se tornar a pretensão racional. Todavia, para se pensar na evolução do direito, deve-se, antes de mais nada, afugentar todos os seus dogmas.

Por isso, como bem sinaliza Juarez Freitas (1989), o intérprete precisa se colocar no caminho do bom senso e da coragem, valendo-se do método integrativo-concretista, oposto ao exegetismo positivista, para declarar invariável até mesmo aquele mandamento inserido na própria lei que contrariar os princípios políticos e democráticos que ministram ao sistema jurídico a eficácia real e oferecem ao ordenamento jurídico o seu fundamento. Por conseguinte, deve o intérprete da lei ligar-se à concretude da existência, pois, nesta ótica, a teoria discursiva do direito prioriza a relação humana, concreta e superior às relações formais, como meio de impedir que as pessoas sejam tratadas ou reduzidas à "condição de coisas", o que é o oposto de qualquer expressão de justiça.

Ademais, o verdadeiro trunfo do início da realização da vontade nazista, segundo a qual não poderia ter se feito melhor transitar, encontra-se na obtenção dos aspectos básicos, no controle de ir e vir dos homens que julgavam serem os invasores do Estado puro, como acreditavam e, sobretudo, no senso comum dos alemães. Segundo tal linha de raciocínio, "o primeiro passo essencial no caminho desse domínio total é a destruição da pessoa jurídica do homem" (SOUKI, 1998, p.12). Como se percebe, os direitos dos homens são de total importância para sua garantia de não ser "apossado" por outrem, ou, no caso, da vontade de um Estado totalitário. As implicações que se têm quando esses direitos não são reconhecidos

ou agregados à condição de cada um, acaba por tornar os indivíduos vulneráveis. Nesse sentido, explica Nádia Souki que “O objetivo dessa destruição é a transformação da pessoa humana em coisa” (SOUKI, 1998, p.12).

Porém, na prática, a tarefa primordial do hermeneuta é buscar um sentido “justo” para as normas jurídicas, as quais, como normas de conduta, sempre possuem duas facetas: uma “justa” e outra “injusta”. Por tal motivo, os aplicadores do direito, uma vez conscientes desta finalidade dialética no ordenamento jurídico, devem exercer uma função recriadora do sentido da norma de direito positivo, adequando-a, quando possível, à sua dimensão axiológica. Vale lembrar, portanto, que necessita o juiz de uma intuição especial, isto é, de uma consciência clara de sua experiência criativa ou de uma capacidade de juízo que lhe permita afastar a “lei injusta”, a despeito do mito ingênuo e ideológico da “vontade da lei - *voluntas legis*”, ou da “vontade do legislador - *voluntas legislatoris*”, as quais jamais são consideradas unívocas, apregoando-se o universal no concreto. De alguma forma, caso o juiz agisse contrariamente ao exposto, raciocinaria no vazio e criaria uma fronteira entre os ditames categóricos de sua razão e o seu afazer profissional. É inegável, pois, que a luta contra a “injustiça extrema” há de ser fecunda e aberta aos clamores da realidade sempre mutável.

Contudo, é preciso superar as ilusões do positivismo jurídico e pensar na defesa de um conceito de direito não-positivista, a qual serão abertas “incomensuráveis e criativas possibilidades para que o intérprete jurídico transcenda a opressiva e inegável descontinuidade entre norma e realidade, legalidade e legitimidade, direito e vida” (FREITAS, 1989, p. 29). De alguma forma, é procedente enfatizar que o juiz pode e precisa decidir contrário à interpretação indevida de uma “lei injusta”, se não quiser suscitar um divórcio entre o direito e a moral, como o sustentado por todos os positivistas jurídicos que colocam em planos distintos sociedade civil e poder, Estado e realidade; o que é problemático a cada dia, sendo inadmissível em uma sociedade democrática. E mais, todos nós somos criadores do direito, e o juiz, à luz da mais avançada hermenêutica jurídica, se bem souber aproveitá-la, só aplica a “lei injusta” se quiser, podendo, em todas as hipóteses, considerá-la contrária à ordem jurídica manifesta.

6.1.1 Os equívocos na compreensão do positivismo jurídico: uma abordagem avalorativa do direito

Devido a seu grau de formalismo, o positivismo legal apresenta-se na prática como um dos maiores triunfos do Estado e costuma ser apresentado pelos autores como uma aquisição histórica e definitiva da ciência do direito. Por um lado, a influência da racionalidade lógica tende para a sistematização da ordem jurídica, sendo que a natureza do direito acaba se confundindo com a forma estatutária da lei. Desse princípio, conforme afirma Simone Goyard-Fabre, decorrem todas as características do positivismo jurídico, quais sejam:

> O estatismo centralizador, a organização dedutivista do direito, e portanto, a coerência do aparelho jurídico, a separação entre legalidade jurídica e legalidade moral, a autonomização do direito que deve evitar, em seu formalismo, qualquer referência a um horizonte de valor. O poder racional, que constitui a trama do positivismo jurídico, vem junto com o que Max Weber denomina "neutralidade axiológica" dos *corpus* jurídico. (GOYARD-FABRE, 2007, p. 76).

É indubitável dizer que o "contrapeso positivista" exclui do conceito de direito toda transcendência normativa ou todo modelo arquétipo, atribuindo ao poder estatal o monopólio da criação jurídica. Verdade, porém, é que o positivismo jurídico, por mais que se esforce, não consegue explicar a emancipação do homem colocado sob o signo da "ordem e progresso", referência obrigatória na teoria do direito em Gustav Radbruch, quanto à valorização do direito e a defesa dos direitos humanos e fundamentais. Há nessa interpretação uma falsa simetria, porque as dicotomias ou as "disjunções" que oporiam ponto por ponto as estruturas do positivismo têm a rigidez de divisões que não correspondem à verdade das doutrinas jurídicas. Como afirma João Maurício Leitão Adeodato:

> Filosoficamente, pode-se dizer que o *positivismo jurídico* caracteriza-se por aceitar que o direito resulta de um ato de poder competente, podendo assumir qualquer conteúdo. Ele é autorreferente, é procedimental, é de certo modo irracional quanto ao conteúdo, à medida que reusa um paradigma externo que configuraria a possibilidade de uma matéria ética "necessária". (ADEODATO, 2009, p. 133).

Diante dos equívocos trazidos pelo positivismo jurídico, o grande desafio da nova hermenêutica trazida pelo Estado democrático de direito, que agora busca a concretização dos direitos humanos e fundamentais, passa a exigir a participação de todos que, por alguma razão, estão inseridos em algum fato que exige a

interpretação da norma na solução de um conflito. Para decifrar melhor essa questão, é importante trazer os ensinamentos de Peter Häberle, que anuncia o seguinte: “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma” (HÄRBELE, 2002, p.15).

Ora, a arqueologia do direito positivo é bem menos límpida do que se costuma fazer crer, pois ele se desenha como um tecido de regras prescritivas e obrigatórias que, em seus comandos ou suas proibições, conferem teor e limites ao justo, injusto, lícito e ilícito. Com isto, a estrutura do positivismo jurídico não permite a mutação da forma propedêutica do direito, o que provoca uma ruptura de seu sentido enquanto visto apenas por uma norma cogente e inseparável de sua finalidade. Sucede, porém, que essa mutação, evidentemente, não ocorre sem um preço, pois enquanto o direito natural se identifica com a “liberdade” no sentido mecanicista do termo, o direito positivo impõe a todos uma inelutável coação.

Resulta daí, que o progresso jurídico só será possível com o estabelecimento de leis que se assemelham à necessidade natural por suas razões imanentes. Nessa transformação, a lei assume uma função dialética entre o estado de natureza e o Estado, ou, se preferir, entre o “direito natural” e o “direito racional” que fixa as bases e determinações da natureza humana, fugindo de conflitos seculares entre a finalidade indescritível da norma e as razões de sua aplicação rígida no ordenamento jurídico. Seja qual for a pretensão filosófica da norma, no que concerne aos equívocos trazidos pelo positivismo jurídico, alguma coisa precisa ser feita antes que o Estado de direito entre em um colapso jurídico e torne as “injustiças legais” em “justiças legais”.

Por igual razão, verifica-se que a estrada percorrida pelo positivismo jurídico não é decerto uma reta, mas uma curva como muitos caminhos tortuosos, que precisam de direção. A grande preocupação epistemológica assinalada por Michel Virally e Michel Troper é a de que a teoria positivista pode ser considerada uma “ciência rigorosa[103]”, ao passo que, cognitivamente, se pretende a-filosófica, uma vez que esgota intermináveis especulações conflitantes que sempre fazem ressurgir a velha questão de se saber se o direito enraíza na *physis* (natureza) ou se ganha corpo nos *nomoi* (norma). É precisamente nesse desvio que residem os equívocos

[103] Sobre a doutrina positivista, conferir em Michel Virally: “*La pensée juridique*” (VIRALLY, 1960, p. v) e Michel Troper: “*Le positivisme juridique*” (TROPER, 1985).

insuperáveis de um pensamento teorético que suas contradições internas tornam manifestas.

Não obstante, a construção de um direito que se baseia em critérios de racionalidade científica, e se fecha dentro das grades de uma legislação abstrata de alcance mais ou menos geral, tem fortes chances de gerar uma sistematização do direito inflexível e sem vida. No entanto, a realidade positiva do direito firma-se como o princípio diretor em um Estado, pois tem a força e a profundidade prodigiosas de possibilitar nas relações multiformes o funcionamento das regras que definem o obrigatório, o permitido e o proibido. No que tange ao positivismo jurídico, entendia Gustav Radbruch, que seria impossível abandoná-lo por completo, pois "é verdade que toda lei positiva contém algum valor, independentemente de seu conteúdo: é sempre melhor do que a inexistência de lei, pois gera, pelo menos, segurança jurídica" (RADBRUCH, 1957, p. 65).

Pode-se, todavia, expor que a separação entre direito e moral decorrente da relatividade desta última é um traço característico do positivismo jurídico lapidado no século XX. Dessa forma, para levar isso a bom termo, Gustav Radbruch que chegou a ser um defensor do positivismo jurídico durante a década[104] de 1930, critica-o tempos mais tarde, dando clara preferência ao direito em caso de conflito com a justiça[105], "[...] pois é mais importante a existência da ordem jurídica que a sua

[104] Depois da Segunda Guerra Mundial, diante das consequências funestas que a ideia de primazia da lei sobre a moral acarretou, Gustav Radbruch se converte à doutrina do direito natural, conforme salientado por Norberto Bobbio: "Uma formulação recente e exemplar dessa doutrina é oferecida por Gustav Radbruch na seguinte passagem: 'Quando uma lei nega conscientemente a vontade de justiça, por exemplo, quando concede arbitrariamente ou rechaça os direitos do homem, adoece de validez [...] os juristas também devem levar em conta o valor para negar-lhe o caráter jurídico', e em outra parte: 'Podem dar-se leis de conteúdo tão injusto e prejudicial que se faça necessário negar-lhes seu caráter jurídico [...] posto que há princípios jurídicos fundamentais que são mais fortes que qualquer normatividade jurídica até o ponto que uma lei que os contradiga venha a carecer de validez'; e mais ainda, 'quando a justiça não é aplicada, quando a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, é conscientemente negada pelas normas do direito positivo, a lei não somente é direito injusto mas sim, em geral, carece de juridicidade' (RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 1973)" (BOBBIO, 1999a, p. 27-28).

[105] Vale reforçar que nesse período Gustav Radbruch via no relativismo a razão mesma de ser do direito, conforme se depreende das seguintes passagens da sua obra, a qual, aliás, tem vários pontos convergentes com o pensamento de Hans Kelsen: "O relativismo não é um simples e puro agnosticismo, é algo mais: uma fonte fecunda de conhecimento objetivo. Sobretudo, é o relativismo a única base possível para a força vinculante do direito positivo. Se existir um direito natural, uma verdade jurídica unívoca, reconhecível e comprovável, não seria possível ver de nenhuma maneira a razão da força vinculante do direito positivo, que apareceria em contradição com essa verdade absoluta. Deveria então desaparecer como o erro desmascarado ante à verdade desvelada. A força obrigatória do direito positivo somente pode fundar-se precisamente no fato de que o direito justo não é nem reconhecível nem demonstrável. Porque um juízo sobre a verdade ou falsidade das diferentes convicções jurídicas é impossível; posto que, de outra parte, se se requer um direito único para todos os sujeitos de direito, o legislador se vê desafiado à necessidade de cortar em um

justiça, já que a justiça é a segunda grande missão do direito, sendo a primeira, a segurança jurídica, a paz" (RADBRUCH, 1930, p. 34).

No tocante a esta conclusão, apesar dos equívocos trazidos pelo positivismo jurídico à esfera do direito, e as diversas críticas contundentes estabelecidas por Gustav Radbruch, é notório esclarecer que o destino da humanidade escreve-se como um palimpsesto, onde a cada nova escrita exige-se uma nova sintaxe. Uma vez admitido isso, o grande questionamento que surge é o seguinte: diante da positivação do direito, da proliferação das decisões legislativas e judiciais, da insistência na concepção do direito como sistema de mandamentos e de regras, do crescimento da autoridade administrativa, das reivindicações cada vez mais numerosas apresentadas pelos sujeitos de direito individuais ou coletivos, é possível afirmar que a opção pela legalidade como alternativa para o direito possibilita a aplicação de uma “lei injusta” e opressiva aos cidadãos de um Estado?

Tal dúvida apresenta relevantes consequências sociais e jurídicas, pois sendo o não-positivismo a teoria mais adequada à correta aplicação da legalidade, a constatação da injustiça intolerável, por sua vez, é feita com referência a uma ponderação de princípios de conteúdo moral, na qual a legalidade propriamente dita é representada pela segurança jurídica, e o princípio que com ela colide é representado pela justiça material na fórmula de Gustav Radbruch. Registre-se, pois, que o afastamento da lei com base em parâmetros racionais minimamente generalizáveis apenas favorece a legalidade, isto é, se a lei é a regra, é preciso bem definir sua exceção. Por outra parte, esquivar-se deste desafio de forma alguma valoriza a legalidade, mas apenas permite seja ela excepcionada quando não o deveria ou favorece sua aplicação contra seus próprios fundamentos.

Na verdade, devem-se perquirir novas formas de interpretação do direito, e principalmente, de justiça. Dentre as muitas possibilidades e métodos, abraçando a teoria estruturante do direito, Friedrich Müller ensina claramente que:

> A teoria estruturante do direito não é apenas uma nova concepção - é uma concepção inovadora da teoria do direito. Resulta, pela primeira vez, de um *conceito pós-positivista de norma jurídica*: a norma jurídica não se encontra

golpe o nó górdio que a ciência não consegue desatar. Posto que é impossível verificar o que é justo, deve-se estabelecer o que deve ser jurídico. Em vez de um ato de verdade, que é impossível, é necessário um ato de autoridade. O relativismo desemboca no positivismo. [...] a decisão do legislador não é um ato de verdade, mas sim um ato de vontade, de autoridade. Este pode conferir a uma determinada opinião força obrigatória, porém nunca força convincente. [...] O relativismo desemboca no liberalismo. [...]. O relativismo é a tolerância geral. Somente não é tolerância frente à intolerância" (RADBRUCH, 2009, p. 3-8).

> já pronta nos textos legais; nestes se encontram apenas formas primárias, os *textos normativos*. A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial. "Concretização" da norma não significa tornar "mais concreta" uma norma jurídica geral, que já estaria no texto legal. A concretização é, realisticamente considerada, a *construção* da norma jurídica no caso concreto. A norma jurídica não existe, como vimos, *ante casum*, mas só se constrói *in casu*. [...] Certamente o positivismo não pode ser "superado" por meio da renúncia à positividade do direito; porém, a positividade do direito não é idêntica à positividade dos textos normativos. A insubstituível, sob o ponto de vista do Estado de Direito, função de limite do texto literal deve antes ser *determinada de forma opositiva*, de modo que o escopo que o claro texto literal abre, só possa ser transposto se o texto literal for comprovadamente equivocado ou passível de ser mal compreendido. (MÜLLER, 2011, p. 203-291).

Nesse prisma, é bem verdade a afirmação de que o sistema jurídico já não responde aos anseios da sociedade, uma vez que a litigiosidade contemporânea não é a mesma enfrentada pelo homem do século XIX e XX. Com a globalização e as modificações do mundo atual, o direito codificado e positivado, passa a não mais dar cabo da conflitividade que, atualmente, não é mais individual, mas coletiva. Induvidosamente, essas mudanças haverão de passar por uma nova etapa de interpretação, desapegada dos dogmas legalistas tradicionais, pelo repúdio às "leis injustas", e da conivência do Judiciário, baseada primordialmente nos princípios fundamentais que devem servir de bússola na orientação do intérprete. Enfim, tenha-se presente o seguinte: o direito é muito mais que a simples norma positivada.

6.1.2 Repensando as raízes do direito em Gustav Radbruch: "leis injustas" não são leis?

É preciso focar que a ciência do direito, que instrumentaliza a aplicação das normas, deve ter em conta, antes de tudo, que seu trabalho "tem destinação social e se liga a determinado contexto histórico, cujos contornos fundamentais não lhe podem escapar" (AZEVEDO, 2000, p. 24). Nessa perspectiva, é bom frisar que o núcleo moral a que está condicionada a validade jurídica precisa ter uma determinação mínima de conteúdo. Todavia, ao se repensar as raízes do próprio direito, é perfeitamente possível aceitar a defesa de um conceito de direito não-positivista como a teoria mais adequada à correta aplicação da legalidade. E isso foi brevemente analisado no capítulo anterior, onde houve referência à teoria de Robert Alexy, sendo demonstrado que a legalidade consiste em norma de caráter duplo que

impõe, por um lado, o imperativo de se cumprir a lei, e por outro lado, se excepciona quando o conteúdo da lei em questão se mostra intoleravelmente injusto. Por sua vez, a constatação da injustiça intolerável é feita com referência a uma ponderação de princípios de conteúdo moral, na qual a legalidade propriamente dita é representada pela segurança jurídica, e o princípio que com ela colide é representado pela justiça material na fórmula teórica de Gustav Radbruch.

Assim, é possível afirmar que a "injustiça extrema" apresenta-se como uma "injustiça insuportável" que visa legitimar uma opressão no seio da sociedade, tal qual ocorreu com as minorias em pleno regime nazista, e também, a título de exemplo, é bom citar aqui as injustiças ocorridas no regime sul-africano do *apartheid* e na ditatura militar brasileira. Mais uma vez, é preciso destacar a insuficiência do positivismo jurídico como teoria em relação ao problema que se denominou conformação à facticidade do poder. Aliás, vale registrar que dentro do positivismo jurídico, não há meios para se afastar a aplicação de normas de conteúdo opressor, uma vez que se a lei positivada tem em si um mandamento (ordem), esta deve ser cumprida indiscutivelmente por força de seu comando operativo e coativo.

Sem sombra de dúvidas, a proposição da legalidade como alternativa não pode significar a aplicação de uma lei injusta e opressiva aos cidadãos de um Estado. Em relação às diversas leis que entraram em vigor e geraram efeitos sob a égide da lei fundamental opressora, a solução é o argumento de injustiça quando os efeitos em questão se mostram intoleravelmente injustos. Na verdade, fica evidente que, ao analisar a questão da "injustiça das leis", é possível demonstrar que a norma jurídica pode ser desmembrada, como propõe Norberto Bobbio em três tipos de valorações distintas, ou seja, se a mesma é justa ou injusta, se é válida ou inválida ou se é eficaz ou ineficaz. A esse respeito, explica Norberto Bobbio o seguinte:

> O problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico. Não tocamos aqui na questão se existe um ideal de bem comum idêntico para todos os tempos e todos os lugares. Para nós, basta constatar que todo o ordenamento jurídico persegue certos fins, e convir sobre o fato de que estes fins representam os valores a cuja realização o legislador, mais ou menos conscientemente, mais ou menos adequadamente, dirige sua própria obra. [...] O problema da validade é o problema da existência da regra enquanto tal, independente do juízo de valor sobre ela ser justo ou não. Enquanto o problema da justiça se resolve com um juízo de valor, o problema da validade se resume com um juízo de fato, isto é, trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se tal regra assim determinada é uma regra jurídica. Validade jurídica de uma norma equivale à existência desta norma como regra jurídica. [...] O problema da eficácia de

> uma norma jurídica é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou. Que a norma existe como regra jurídica não implica que seja constantemente seguida. (BOBBIO, 1999b, p. 40-48).

Quanto aos efeitos da "injustiça das leis", o jusnaturalista John Mitchell Finnis constrói nessa reflexão[106] os sentidos para o ato de obedecer à lei, reconhecendo que a injustiça afeta de algum modo a obrigação de cumprimento aos deveres impostos pela lei. A esse propósito, infere-se, todavia, que o ato de descumprimento da lei recebe a guarida de uma possível não punição, em razão desse descumprimento. Porém, como explica John Mitchell Finnis (2006), a sanção é uma variável inconciliável dos textos normativos e que, em uma visão mais ampla, é também associada ao próprio conceito de justiça, com repercussões ao bem comum. Nesse sentido, observa-se que a utilização das sanções pelos textos normativos inegavelmente tem o objetivo de evitar que os cidadãos deixem de cumprir as obrigações impostas pela lei, o que realmente afasta qualquer possibilidade de se questionar se o ato de descumprir a lei gera ou não uma consequência punitiva.

Por outro lado, a respeito da "obrigação legal no sentido jurídico" enaltece John Mitchell Finnis que "a premissa prática de que a submissão à lei é socialmente necessária é um princípio estrutural isolado do resto do raciocínio prático" (FINNIS, 2006, p. 341). Com efeito, isso revela o foco de sua reflexão, quanto às reclamações de "injustiças legais" perante o próprio sistema legal, o que aprofunda indistintamente a questão da obrigatoriedade legal quando emanada das próprias leis positivas. Como um jusnaturalista convicto, John Mitchell Finnis considera que o grande campo de atuação do direito natural é precisamente quando este se volta para a figura do legislador, orientando este em sua função de fazer as leis. Nesses

[106] Ainda que não seja o propósito deste trabalho explicar os pontos chaves da metodologia jurídica de John Mitchell Finnis, é pertinente enumerar os bens básicos com os quais ele trabalha e os requisitos básicos da razoabilidade prática. Para ele existem sete bens básicos auto-evidentes, incomensuráveis e pré-morais: a vida, o conhecimento, o jogo, a experiência estética, a amizade ou sociabilidade, a razoabilidade prática e a religião, todos ligados ao "florescimento humano". Os requisitos básicos da razoabilidade prática é que tornam a maneira de aplicar esses bens básicos na vida prática de forma a melhor dirigir as escolhas, conferindo, assim, uma dimensão moral que será aplicada ao direito. São nove: a razoabilidade guia nossa busca dos bens, um plano coerente de vida, não ter preferências arbitrárias por valores, não ter preferências arbitrárias por pessoas, desprendimento e compromisso, relevância limitada das consequências: eficiência dentro dos limites do bom senso, respeito por cada bem básico em cada ato, requisitos do bem comum, seguir os ditames da própria consciência. O produto desses requisitos é a moral (FINNIS, 2006, p. 67-103 e p. 105-135).

termos, ao abordar os efeitos da aplicação de uma “lei injusta” perante o próprio sistema legal, John Mitchell Finnis destaca a maturidade de sua teoria, ao assinalar que as leis dissociadas de critérios de justiça não possuem validade, tanto é assim, que reconhece o seguinte:

> Resumindo, mesmo em ordens jurídicas bem desenvolvidas servidas por uma casta de profissionais de advogados, há (e de modo razoável) poucas oportunidades de se levantar “intra sistematicamente”, por exemplo, perante um tribunal de justiça, a questão quanto a se o que seria em outras circunstâncias uma obrigação legal indubitável na verdade não é (legalmente). (FINNIS, 2006, p. 342).

Neste prisma, no que concerne à impugnação de leis “extremamente injustas” perante o próprio sistema legal, assinala John Mitchell Finnis (2006) que a obrigatoriedade ou não em relação à interpretação dos textos normativos caberá ao Tribunal, instituição incumbida de dizer o que é o direito no caso concreto. No entanto, infere-se, pois, que a condenação pelo Tribunal seria inevitável, pois justamente a discussão sobre a justiça de uma determinada lei que se contraponha ao direito positivado não seria razoável, já que, em que pese a alegada “injustiça da lei”, esta teria sua validade incólume. Sobre a análise dos efeitos de obrigatoriedade ou não de uma “lei injusta”, John Mitchell Finnis destaca que:

> A obrigação legal no sentido moral (isto é, a obrigação moral que presumivelmente é acarretada pela obrigação legal no sentido intra-sistêmico ou legal) ou também expresso pela seguinte pergunta: Dado que a obrigação legal presumivelmente acarreta uma obrigação moral, e que o sistema é de modo geral justo, uma lei injusta em particular impõe a mim qualquer obrigação moral de obedecer a ela? (FINNIS, 2006, p. 340).

Nesse aspecto, John Mitchell Finnis faz uma reflexão se uma lei injusta seria apta a criar uma obrigação moral de obediência à norma, da mesma forma que uma lei justa. No entanto, como resposta a este embate, sua defesa é amparada na autoridade do próprio governante, da qual a lei emana, considerando que o sentimento de obrigação para com uma lei se respalda justamente na força presumível de obrigar a todos os membros de uma comunidade a pautarem suas condutas de acordo com o que é previsto pela norma, em nome do bem comum.

Cumpre destacar, porém, que o grande problema apontado por John Mitchell Finnis se refere a eventual distorção entre uma obrigação imposta por um governante a que se refira em seu bojo a estipulações que vão justamente contra o

bem comum ou ainda desprovidas de princípios básicos de razoabilidade prática. Nesse sentido, a teoria finnisiana reconhece que nesses casos de flagrante disparate entre uma disposição legal e o bem comum, a própria autoridade da lei em vincular comportamentos estaria severamente prejudicada, tendo em vista que:

> Mais precisamente, estipulações feitas em benefício de partidários, ou (sem emergência como justificativa) que ultrapassam a autoridade definida legalmente, ou impõe encargos injustos, ou ordens que se façam coisas que nunca deveriam ser feitas, simplesmente não conseguem, por si só, criar qualquer obrigação moral. (FINNIS, 2006, p. 345).

Sem dúvidas, cabe esclarecer, que no estudo dos efeitos correspondentes à obrigação de se obedecer as leis injustas, o sentido da teoria finnisiana mostra-se de maneira muito abrangente, principalmente em relação à exacerbação do direito natural frente ao direito positivo, onde tal vertente refuta eventual legitimação deste, por um critério exclusivamente ligado às fontes do próprio direito. No entanto, em relação à premissa de que “lei injusta não é lei”, ressalta John Mitchell Finnis que:

> [...] para o propósito de avaliar suas obrigações legais no sentido moral, a pessoa tem o Direito de não levar em conta leis que são “injustas” em qualquer um dos modos mencionados. Tais leis não tem autoridade moral que em outros casos é oriunda simplesmente de sua origem, “pedigree” ou fonte formal. (FINNIS, 2006, p. 345).

Por sua vez, a interpretação da presente citação acima equivale à premissa básica de que “leis injustas” não são leis. Contudo, a teoria finnisiana é permeada por critérios de razão e ponderação, no qual seu foco de especulação não se resume à defesa de um axioma, mas, sim, em inserir novos elementos na discussão acerca das implicações do direito natural frente ao direito positivo. No entanto, isso se torna importante do ponto de vista do presente trabalho, na medida em que eventual defesa de um conceito de direito não-positivista revela que “leis injustas” não são leis. Porém, de acordo com John Mitchell Finnis (2006), a obrigação para com uma lei, seja como for, será sempre em cumpri-la, pois é para isso que se presta, ou seja, estipular obrigações. Nesse aspecto, o jusfilósofo ultrapassa qualquer indagação que se possa fazer à questão da obrigação de “leis injustas”, ou seja, não se ocupa em dizer que eventual obrigação em se obedecer a “leis injustas” se refira ao seu sentido legal ou mesmo em razão da autoridade do governante.

Em outras palavras, no que se refere à observância em relação às “leis

injustas" e a consequente obrigação moral em obedecer a tais leis, nos exatos termos do direito natural apresentado por John Mitchell Finnis em "Lei Natural e Direitos Naturais", o motivo que chama atenção aqui é a constatação de que as reflexões quanto aos sentidos acerca dos efeitos da injustiça, frente à obrigação de cumprir a norma se apresentam não como respostas perfeitas a essa indagação, mas sim como interpretações que tenham um resultado plausível e não impossível a tais indagações.

Vencidas tais referências, como forma de descrever a importância disso, John Mitchell Finnis (2006) assinala que, se realmente fosse efetivado um descumprimento civil frente às leis, bem como um completo desrespeito pelo indivíduo à autoridade do governante, a postura não passaria despercebida aos concidadãos, o que refletiria negativamente a estabilidade das relações intersubjetivas da comunidade e que traria consequências ruins ao bem comum. Tal atitude apresenta relevantes consequências práticas, no qual considera John Mitchell Finnis que:

> Então, se uma estipulação injusta é, realmente, homogênea com outras leis em sua fonte formal, em seu acolhimento pelos tribunais e funcionários, e em sua aceitação em geral, pode (nem sempre) ser requerido do bom cidadão que ele obedeça a essa estipulação no grau necessário para evitar enfraquecer "a lei", o sistema legal (de regras, instituições e prescrições) como um todo. O governante tem ainda a responsabilidade de revogar em vez de implementar a lei injusta, e neste sentido não tem o Direito de que ela seja obedecida. Mas os cidadãos, ou funcionários, podem ao mesmo tempo ter a obrigação reduzida, colateral e, em um importante sentido extralegal, de obedecer a ela. (FINNIS, 2006, p. 346).

Por fim, conclui-se que a obrigação moral é derivada não da legalidade da estipulação da obrigação, mas sim em razão de alguma fonte "secundária" de que essa possibilidade seja, de fato, possível. De maneira acertada, não raro é citar que a resposta a tais questionamentos dependerá de inúmeras variáveis sociais, políticas e culturais, que deverão ser sempre consideradas para que se proceda a uma correta aferição das "leis injustas" e seus efeitos.

Contudo, é possível enfatizar que uma "lei injusta" não é lei em hipótese alguma, pois negligencia os predicados necessários para o correto entendimento da obrigação frente à injustiça emanada de uma lei. E nesse caso, a resposta adequada quanto à questão das consequências frente a uma "lei injusta" passa tanto pelas considerações sobre a sua criação quanto a sua aplicação. Posto isto, o que

John Mitchell Finnis sugere é que a impugnação de “leis injustas” deve ser avaliada pelo próprio sistema legal ou “intra-sistêmico”, justamente pelo fato da proposta não marchar de qualquer modo contra a positividade das leis.

6.2 A fundamentação de uma teoria racional de proteção aos direitos humanos em um Estado democrático de direito: superando a aplicação da “lei injusta”

Há um progresso decisivo em pensar que o respeito aos direitos humanos e fundamentais em uma democracia, suplantando as “leis injustas”, são essenciais “no lado procedimental da institucionalização da razão” (ALEXY, 2014c, p. 317). De acordo com Robert Alexy[107], “direitos humanos são direitos, em primeiro lugar morais, em segundo lugar universais, em terceiro lugar fundamentais e em quarto lugar abstratos que, em quinto lugar, têm prioridade sobre todas as outras normas” (ALEXY, 2014c, p. 317).

O ponto de partida para a fundamentação de uma teoria racional de proteção aos direitos humanos em um Estado democrático de direito, visando coibir a eloquente massificação de “leis injustas”, parte de um pressuposto visionário no sentido de concretização das normas, prescrevendo um critério de aferição legitimamente racional aplicável às diferentes posturas referentes às questões de método. Nesse sentido, como bem sinaliza Friedrich Müller:

> Com sua insistência na mera positividade do direito, subtraída à realidade efetiva da vida, o *positivismo* aceitou o preço da redução ou a *perda da normatividade jurídica*. As condições peculiares dessa normatividade e, genericamente, a especificidade do direito desapareceriam do campo de visão, à medida que o ideal de método de uma ciência natural, que ainda não se tornara questionável para si mesma, era transferido acriticamente a prescrições jurídicas. *Positivismo jurídico* nesse sentido não é apenas a teoria do direito, que se restringe conscientemente ao direito positivo e bane do conceito de direito todas as ordens sociais restantes, ainda que tradicionalmente percebidas como “direito[108]”. Com esse termo só se compreende o direito objetivo vigente como sistema perfeito de normas jurídicas, caracteriza-se a decisão jurídica concreta como aplicação lógica de uma norma jurídica abstrata a um tipo concreto “a ser subsumido”, iguala-se a relevância jurídica à construtividade em termos de lógica jurídica, e a ação comunitária dos homens à “aplicação” e “execução” de normas jurídicas abstratas ou a uma infração das mesmas[109]. (MÜLLER,

[107] Conferir em Robert Alexy: “*Die Institutionalisierung der Menschenrechte in demokratischen Verfassungsstaat*”, in: “*Philosophie der Menschenrechte*” (ALEXY, 1998, p. 246-254).
[108] Essa conceituação aparece novamente em Hans Kelsen: “*Was ist juristischer Positivismus?*” (KELSEN, 1965, p. 465 ss.).
[109] Conferir em Max Weber: “*Rechtssoziologie*” (WEBER, 1960, p. 103).

2011, p. 19-20).

O grande aprofundamento dessa compreensão de direito em um Estado democrático de direito, ainda que nem sempre seja enunciado de forma tão clara, é a retificação de prescrições legais e conceitos jurídicos em mera preexistência, que abandona de fato o chão da positividade historicamente fixada e se converte em um novo estágio para o direito, mais "vivo" e mais "racional". Assim, com bastante otimismo, é preciso pensar a norma jurídica não apenas como uma ordem, como um juízo hipotético, ou como uma vontade materialmente vazia, divorciada totalmente da realidade para o qual se estabeleceu.

Direito e realidade devem se relacionar entre si, sendo certo que, o papel da realidade no direito não pode ser solucionada pela sua eliminação. Eliminar a realidade é eliminar o direito. No entanto, o direito válido tem de ser análogo ao homem, e suas exigências devem ser concordantes com as leis da natureza humana. Contudo, pensar em um direito democrático que possa suplantar as "injustiças legais" e que garanta às pessoas aquilo que lhes correspondam nas suas relações com os outros e com as coisas, tem legitimidade para obter reconhecimento nas consciências individuais, pois será passível de consenso e intersubjetividade.

Em contrapartida, não é possível mais se contentar com a perversão da lei nos sistemas totalitários e nas ditaturas em geral, cujo conceito de direito é tratado de uma forma nominalista e com aspectos meramente formais, segundo o qual o seu sentido objetivo não seria mais do que uma designação compreensiva (um nome) para um conjunto de leis positivas e arbitrárias. A nova ordem constitucional em um Estado democrático de direito necessita de um conceito material de direito que disponha algo sobre o conteúdo racional do direito e sobre sua realidade, ou seja, algo que figure para além de sua própria identidade e realidade. Como explica Arthur Kaufmann:

> A elaboração dum tal conceito de direito depara-se com múltiplas dificuldades. Como já dissemos, é certo que não se pode dar uma definição estritamente lógica de Direito, no sentido do conceito formado por elementos unívocos e exaustivos. Apenas se pode explicitar de forma mais ou menos exata aquilo a que nos referimos quando falamos de Direito. Em vez de pretender encaixar numa definição os elementos dum conceito material de direito, devemos tentar descrevê-los o mais concretamente possível. [...] não há norma jurídica (lei) *sem* ideia de direito (princípios gerais de direito), não há direito concreto (decisão jurídica) *sem* norma

> jurídica (sem um ponto de vista valorativo); nenhum escalão (entenda-se figurativamente) pode ser pura e simplesmente deduzido do escalão (logicamente) acima (mais geral, mais abstrato), isto é, não há norma jurídica *apenas* a partir da ideia direito (*apenas* a partir dos princípios do direito) e não há decisão jurídica *apenas* a partir da norma jurídica (sem qualquer momento da realidade). (KAUFMANN, 2004, p. 217-219).

Deve-se perquirir, porém, o seguinte: se a ideia de direito e a lei são, apenas a possibilidade do direito, de onde retiraria então a sua plena realidade? Ora, partindo da abstrata ideia de direito (dos princípios gerais de direito) só se pode obter a concretude da lei (norma jurídica), se esta for colocada em relação com as possíveis situações da vida a regular, e por outro lado, só se pode produzir o direito concreto partindo da lei (norma jurídica, regra jurídica) através da referência às relações reais de vida. Conclui-se a partir daí, que o direito no seu todo não é portanto um complexo de artigos de lei, ou um conjunto de normas, mas sim um *conjunto de relações* (*Einheit von Verhältnissen*). Por isso, a conexão entre ser (realidade) e dever (justiça) é clara em Gustav Radbruch, conforme salienta Arthur Kaufmann:

> 1. O direito é uma realidade e tem portanto que ser *positivo* (integra-se no ser); 2. Como encarnação da ideia de direito, o direito eleva-se sobre a restante realidade e é por isso *normativo* (integra-se no dever); 3. Por força da justiça; o direito tem de estabelecer igualdade para todos, tendo portanto natureza geral; 4. A justiça exige a realização do bem comum, pelo que o direito tem de ser *social* - em suma: o direito é "*o conjunto de normas positivas gerais para a vida social*" (a "*referência a valores*" do direito já não está, contudo, tão claramente expressa). (KAUFMANN, 2004, p. 220).

Diante do exposto, é possível perceber que quem vê na coerção o elemento essencial do direito, nega-lhe a capacidade de fundamentar deveres, e não está em condições de distinguir o direito do mero poder através da característica material. Porém, onde há direito pode, por regra, ser exercida coerção, mas nem sempre que há direito, há coerção. Compreende-se, então, que não se deve determinar o conceito de direito de maneira puramente formal, mas deve-se incluir nele elementos da realidade, não existindo para o direito um conceito absoluto, mas antes de mais nada um conceito baseado na experiência, que, só vale a *posteriori* e não está, entretanto, imune ao erro. Todavia, chama-se atenção para o que Gustav Radbruch trouxe em sua obra:

> Há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que

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

Assim, a partir da conclusão e da proposta de afirmação da legalidade como um dos meios para se alcançar os padrões do Estado democrático de direito, indaga-se, pois, qual seria a teoria do direito mais adequada a essa finalidade e de que forma a legalidade se apresentaria dentro dessa teoria? Ora, o presente trabalho tem a pretensão de explicar o conceito de direito e, assim, explicar aquilo que pode ser tido como essencial e necessário acerca do direito em toda e qualquer comunidade que possua um sistema jurídico. Essa discussão, apesar de eminentemente filosófica, possui uma relevância prática inegável. É que, em sendo o debate acerca do conceito de direito um debate sobre o que é o direito, torna-se imprescindível a qualquer jurista definir claramente qual posição defender. Por isso, defende-se neste trabalho um conceito de direito não-positivista, pois a investigação sobre a natureza do direito é, antes de mais nada, um a investigação sobre as propriedades necessárias e essenciais do direito ou, se se prefere, do conceito de direito.

Com isso, entende-se que a compreensão da norma a ser desenvolvida não tem nada a ver com uma axiomática ou sistemática positivista, uma vez que o fundamento é providenciado por uma compreensão de metodologia, que parte por uma resposta plausível de como uma norma jurídica pode ser concretizada racionalmente sob a vinculação à norma, exigida pelo Estado de direito e pela democracia. Nesse sentido, explica Friedrich Müller que:

> A norma não existe, não é “aplicável”. Ela é produzida apenas no processo de concretização. O operador do direito se vê incluído nesse processo de construção de normatividade, normativa e materialmente vinculada, da mesma maneira como a estrutura do problema do caso ou do tipo de caso. Apesar disso não se reconhece na tarefa de concretização nenhuma liberdade em princípio diante da norma. [...] Em todo caso, o método como caminho da concretização do direito, que se empenha pela plausibilidade conduz a uma coerção limitada à exposição racional das razões da decisão, como isso possivelmente também a uma maior racionalidade da aplicação do direito. (MÜLLER, 2011, p. 80-83).

É importante verificar, que tudo isso explica a finalidade da advertência de Gustav Radbruch, para quem a teoria radbruchiana de valoração do direito positivo com base em critérios éticos e dikelógicos puderam ser resgatadas em termos de fundamentação decisória racional, em que o jurista deveria reputar adequado preencher as lacunas jurídicas ou mesmo decidir com base em avaliação axiológica, de modo a afastar ou reinterpretar a aplicabilidade do direito positivo em determinado caso concreto. Assim, reajustando as diretrizes de conhecimento filosófico relativistas com um racionalismo mais concreto, isto é, perpassando da experiência histórica e das necessidades sociais, Gustav Radbruch pôde efetuar a passagem de uma concepção formal para uma acepção material dos valores, abrindo caminho para o entendimento dos direitos humanos como valorações materialmente absolutas para o direito.

Visto dessa forma, de acordo com Newton de Oliveira Lima (2009a), o fato é que a partir da influência de Gustav Radbruch, os direitos humanos passaram a representar um consenso universal que transcendeu o aspecto particular e o local das culturas para constituir-se fundamento de um *ethos* de liberdade universal como sobreposição cultural, visando a formação de um consenso em torno dos direitos humanos. Todavia, a colocação dos direitos humanos num patamar de superioridade em relação ao direito positivo é consequência da aplicabilidade da teoria axiológica ao direito, a qual estabelece a normatividade no valor fundamental da justiça.

6.2.1 Direitos humanos e democracia: condição de possibilidade do Estado de direito

Nesse contexto, os direitos humanos constituem aquele núcleo fundamental da ética e do direito que se pode universalizar e que possui, afirmativamente, validade universal. É verdade que nessa perspectiva, a existência de direitos subjetivos e objetivos prévios ao Estado deve ser por ele garantido demasiadamente. Por essa razão, a história da democracia, no que se refere aos direitos humanos, tem uma afirmativa de que os direitos humanos valem por si próprios e que o Estado apenas tem que os defender. Por outra análise, entende-se que “os direitos humanos valem unicamente na medida em que o Estado os conceda” (KAUFMANN, 2004, p. 267). Não se pode duvidar que os direitos humanos apresentam um elevado grau de universalidade, sendo isso demonstrado em

estudos de direito comparado. Diga-se de passagem, são “universais quando pensados de forma muito abstrata; quanto mais referidos a dados reais e mais concretizados, tanto mais contingentes e relativos se tornam” (KAUFMANN, 2004, p. 268).

É elucidativo dizer, que a vida já não é um valor tão absoluto, e não se sabe também o que seja uma “pessoa”, pois a extensão do conceito de “pessoa” oscila entre a perspectiva segundo a qual o óvulo humano fecundado já seria uma “pessoa” e a opinião de que “pessoa em sentido pleno” será aquela que tiver consciência de sua própria existência e puder comunicar com os outros. Veja-se que a *dignidade da pessoa humana* não escapa à mesma contingência e relatividade, logo, deve ser entendida com conteúdo e não pode ser uma palavra “vazia”, pois subjaz naturalmente sempre pensada com conteúdo, ou seja, a partir da experiência (caso contrário, não teria qualquer valor argumentativo).

Não se deve esquecer, entretanto, que para Josephus Joannes Maria Van der Ven, a dignidade da pessoa humana submete-se a uma imagem do homem, e apesar dos direitos humanos serem declarados ou convencionados, constituem “positivações do direito e aparecem, por isso, ligados a um certo contexto situacional” (VAN DER VEN, 1981, p. 3). Por outro lado, entende Friedrich Dürrenmatt que “Não são direitos humanos que valem, vale apenas a sua interpretação; deste modo se tornam eles relativos” (DÜRRENMATT, 1996, p. 708). Argumenta-se, pois, que nenhuma das duas citações expostas por Josephus Joannes Maria Van der Ven e Friedrich Dürrenmatt satisfazem à pretensão deste trabalho, mas explicam a perspectiva relacional, que os direitos do homem são protegidos apenas na sua relação com os direitos dos outros.

Ademais, é preciso pensar que por mais relativos que sejam os direitos humanos em uma democracia, eles têm valores rigorosos, e são precisamente direitos de homens e para os homens. Está claro, porém, que a ideia de direito resulta da ideia de homem, sendo que o que importa é o homem, tal qual ele é. E nisso é possível reconduzir todas as questões de conteúdo da filosofia do direito à justiça calcada nos direitos humanos, posto que ela é a síntese da justiça das necessidades, justiça do mérito, justiça dos valores, justiça das oportunidades e a justiça dos homens. A justificativa para isso é bem construída por Fábio Konder Comparato no sentido e evolução dos direitos humanos na história:

> [...] a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém - nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação - pode afirmar-se superior aos demais. (COMPARATO, 2003, p. 1).

Na linha dessa tendência à racionalização, os direitos humanos na democracia foram identificados como os valores mais importantes da convivência humana, visto que o caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo; e que, por conseguinte, nenhuma justificativa de utilidade pública ou reprovação social pode legitimar o seu fim e sua existência. Nesse sentido, as consequências desta etapa na elaboração do conceito de pessoa humana, para a teoria jurídica em geral e para o sistema de direitos humanos em particular, são da maior importância.

Não obstante, cumpre aqui trazer uma célebre frase de Gustav Radbruch que ficou famosa no sentido de entender que a democracia garante o Estado de direito. Para o jusfilósofo "A democracia é certamente um bem inestimável, mas o Estado de Direito é como o pão de cada dia, como a água para beber e como o ar para respirar, e o melhor da democracia é precisamente o fato de só ela estar apta a garantir o Estado de Direito" (RADBRUCH, 1946, p. 105). Ora, mas o que é esta democracia do Estado de direito? Ela pode ser compreendida como a fórmula clássica de Abraham Lincoln, "*the government of the people, by the people, for the people*[110]", ou seja, a democracia como governo do povo deve ser construída pelo povo e para o povo. Nas palavras de Arthur Kaufmann:

> A democracia do Estado de Direito não é uma realidade substancial, de que se possa tomar posse duradoura, não é estado de coisas em que, uma vez alcançado, se possa repousar. A democracia e o Estado de Direto são realidades de caráter processual (também eles), que devem ser incessantemente construídas, como tarefas permanentes. É necessário, que o cidadão intervenha em defesa da liberdade e do Estado de Direito democráticos, que se insira neste contínuo processo e que não desvie o olhar perante a violação do direito. Só através dessa participação de todos na democracia é que esta pode manter viva. (KAUFMANN, 2004, p. 441).

[110] A tradução da frase em inglês "*the government of the people, by the people, for the people*" para o português significa "o governo do povo, pelo povo, para o povo" (PARKER; STAHEL, 1998).

Examinando-se a fundo, a democracia pode ser considerada a mais difícil de todas as formas de governo, pois ela é uma forma de governo em risco, e está constantemente ameaçada pelo fracasso. Isso é bastante evidente quando se observa um Estado autoritário, um Estado totalitário, uma ditadura em geral, onde todas as coisas que parecem ser claras, tornam-se obscuras para os súditos. Em verdade, eles têm que obedecer às ordens, nada mais, e todo o resto fica ao cuidado do Estado. Inclusive, os Estados "perversos" de outrora tinham uma marca característica: "viver talvez, mas sem liberdade!". Como bem observa Arthur Kaufmann, "Não se pode alcançar o máximo da democracia se não se aspirar em absoluto à democracia" (KAUFMANN, 2004, p. 442).

Assim como as pessoas agem em conformidade com as regras do jogo, constituindo e mantendo o Estado, devem também aperfeiçoar essas regras do jogo bem ao gosto da democracia. Por isso, na democracia, vale a lei da maioria, onde é permitido alcançar o máximo para a confluência do sistema democrático, só não podendo duas coisas:

> [...] não pode suprimir o princípio da maioria, e com isso a própria democracia, e não pode abolir os *direitos humanos e fundamentais*, pois eles são prévios do Estado, que não os concede, mas apenas protege. A democracia exige o sistema pluripartidário. Quem considere a sua própria posição correta, não pode ser um democrata. Dito de outra forma: não se pode ser democrata (e tolerante) sem pelo menos um pouco de relativismo. (KAUFMANN, 2004, p. 442-443).

Contudo, na visão de Arthur Kaufmann (2004), o relativismo é perfeitamente compatível com uma forte convicção, mas esta convicção é acoplada pela consciência de que, para além da própria convicção, existem também outras convicções de igual valor. E sendo assim, o pluralismo é parte essencial integrante da democracia, pois nas sociedades humanas contemporâneas existe uma pluralidade de perspectivas válidas e há, também, uma multiplicidade de métodos adequados em função do respectivo objeto de investigação.

Para Gustav Radbruch, os progressos da civilização no Estado de direito só foram possíveis graças à observância das leis democráticas. Contudo, um exemplo claro disso foi a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948, que tentou colocar um ponto final nos problemas éticos-jurídicos e "injustiças extremas" que condenavam a riqueza das nações. Por derradeiro, surge a partir desse momento um movimento de proteção aos direitos humanos, cuja

dignidade da pessoa humana passa a ter integral respeito. Como se sabe, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu preâmbulo foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, e cuja revelação começou a ser feita por Gustav Radbruch exatamente porque exigia-se um respeito maior à dignidade da pessoa humana.

Inegavelmente, o conceito de direito introduzido no sistema jurídico alemão por Gustav Radbruch tem igual observância em um Estado democrático de direito, no qual a igualdade (justiça), a ideia-fim (finalidade) e segurança jurídica (eficiência) dominam conjuntamente o direito em todos os seus aspectos, embora possam surgir entre eles profundas contradições. O certo é que a teoria radbruchiana foi reconhecidamente um grande passo para a criação de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde nela foram integrados conceitos próprios do direito sinalizados por Gustav Radbruch, conforme exposto abaixo:

> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS
>
> PREÂMBULO
>
> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo;
>
> Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado com a mais alta aspiração do homem comum;
>
> Considerando ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão;
>
> Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;
>
> Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;
>
> Considerando que os Estados-Membros se comprometem a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades;
>
> Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

A ASSEMBLEIA GERAL PROCLAMA

a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações e como objetivo de cada indivíduo e cada órgão da sociedade, que, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo I
Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros como espírito de fraternidade.

Artigo II
1. Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.
2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo III
Todo o homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV
Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos estão proibidos em todas as suas formas.

Artigo V
Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo VI
Todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Artigo VII
Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos tem direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo VIII
Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX
Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X
Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal

contra ele.

Artigo XI
1. Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.
2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo XII
Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

[...]

Artigo XIX
Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

Artigo XXI
1. Todo o homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Todo o homem tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo XXII
Todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

[...]

Artigo XXVIII
Todo o homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo XXIX
1. Todo o homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo o homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XXX

> Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer direitos e liberdades aqui estabelecidos. (COMPARATO, 2003, p. 231-237).

A preocupação de Gustav Radbruch era a mesma de Hannah Arendt, no entanto, ambos perceberam ao longo do tempo que a essência dos direitos humanos é o direito a ter direitos. Tal compreensão foi possível em razão das atrocidades ocorridas na Europa durante o período de aniquilamento das massas populares pelo regime nazista, pois a política de supressão da nacionalidade alemã a grupos minoritários, sobretudo a pessoas consideradas de origem judaica, foi a marca registrada do abuso e da perversão de um Estado considerado não-democrático. De acordo com essa reflexão, enaltece Fábio Konder Comparato que:

> [...] a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna. (COMPARATO, 2003, p. 37).

Conclusivamente, a chave de compreensão histórica dos direitos humanos e da democracia como condição de possibilidade do Estado de direito, seja como for, atua na dimensão principal dentro de cada grupo social, no relacionamento externo entre grupos, povos e nações, bem como entre as sucessivas gerações na história do direito. De qualquer modo, esse feito notável de geração dos direitos humanos e de reinstituição da legitimidade democrática foi obra contra um regime de privilégios estamentais e de governos irresponsáveis.

Por sua vez, diante de massacres e atrocidades de toda a sorte, após longos anos de totalitarismo estatal, a humanidade compreendeu mais do que em qualquer outra época da história, o valor supremo da dignidade humana. Inclusive, “o sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos” (COMPARATO, 2003, p. 55).

6.3 A necessidade sistemática de reconstrução argumentativa do direito: um paralelo entre a “injustiça extrema” e o Estado democrático de direito

No Estado democrático de direito, o critério da racionalidade “máxima” deve ser compreendido de tal modo que o resultado da concretização do direito não apenas fique claro quanto à direção da sua atuação prática, mas também quanto a dependência jurídica dos seus momentos. Como bem ensina Friedrich Müller, a “racionalidade máxima elucida o seu próprio procedimento com a máxima probidade possível; por sua vez, a probidade, ótima no tocante ao método, provoca o menor número possível de valorações genéricas na consciência jurídica verificadora” (MÜLLER, 2011, p. 87). Nota-se, portanto, que as reflexões realizadas até agora mostraram que justamente no direito, numerosas e infindáveis são as questões individuais da teoria e da práxis jurídica que remetem a problemas, a possibilidades e a limites do direito no ordenamento jurídico, mas nenhuma delas se debruçou sobre a questão do paralelo existente entre a “injustiça extrema” e o Estado democrático de direito.

Todavia, a análise em torno da necessidade sistemática de reconstrução argumentativa do direito, deve possibilitar neste trabalho, a busca de um direito compromissado em realizar o sentimento de justiça na sociedade, de modo a afastar toda e qualquer “injustiça extrema” do contexto social, e solidificar um Estado democrático de direito. Tal reflexão só será possível se forem reconhecidas as exigências efetivas desses direitos no meio social, ou seja, o seu caráter de obrigatoriedade. Sem dúvida, a legitimação oficial de direitos pela autoridade política (Estado) dá muito mais segurança às relações sociais, exercendo uma função pedagógica no seio da comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, necessariamente, sem essa legitimação oficial, tardariam a se impor na vida coletiva.

Não há como negar, que o mundo atual é caracterizado por uma elevada complexidade social, ainda mais quando é permeado por “injustiças extremas”. Quem, diante desta complexidade e abertura das relações não puder formar nenhuma opinião, não será capaz de criar pontos de orientação e possíveis soluções para o problema, e sua ação será limitada ao círculo do seu estrito âmbito pessoal. Essa análise do ponto de vista de um observador seria aceitável, mas do ponto de vista de um participante, seria inaceitável. Por isso, o estabelecimento de um Estado democrático de direito cria um contexto institucional para a solução de problemas jurídicos. Como explica Robert Alexy, “a legislação legitimada

democraticamente é, ao lado do controle de constitucionalidade, o instrumento principal. Entretanto, esse quadro precisa ser preenchido. O mecanismo para fazê-lo é a argumentação jurídica ou o discurso jurídico" (ALEXY, 2014c, p. 318).

Infelizmente, um sistema jurídico que não observa a democracia, pode-se degenerar em um sistema baseado exclusivamente no exercício da força bruta, como ocorreu em pleno Estado nazista. A resposta a essa objeção irracionalista, que encerra um Estado de direito não-democrático, estaria no núcleo procedimental da teoria de Robert Alexy, que consiste na defesa de regras que garantam a liberdade e igualdade no discurso, através da concessão a todos do direito de participar no discurso e de questionar e defender qualquer afirmação. Na verdade, as regras do discurso em Robert Alexy expressam os valores da liberdade e da igualdade, e isso serve como uma base para a justificação dos direitos humanos. Nesse aspecto, "os direitos humanos podem portanto ser considerados discursivamente necessários" (ALEXY, 2014c, p. 309). O que há de relevante em tal raciocínio, conforme afirma Robert Alexy, é o seguinte:

> Em uma democracia ideal, o processo democrático sempre mostraria respeito suficiente em relação aos direitos fundamentais. Não haveria, em princípio, conflito entre democracia e direitos fundamentais. Entretanto, em uma democracia real há conflito. A realidade da vida política, junto com a ideia de direitos humanos e fundamentais, exige, portanto, o controle de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade pretende estar mais próximo da dimensão ideal[111] do direito do que está o parlamento. Essa pretensão é justificada se o controle de constitucionalidade puder ser compreendido como uma representação argumentativa ou discursiva do povo. (ALEXY, 2014c, p. 318).

Verifica-se, pois, que o limiar da "injustiça extrema" conduz à questão sobre a formulação de Gustav Radbruch, e, de fato, possui um papel importante em Estados

[111] Para a *dimensão ideal do direito*, explica Robert Alexy que: "No primeiro passo tem que ser estabelecida a dimensão ideal do direito. Meu argumento gira em torno da tese de que o direito necessariamente levanta uma pretensão de correção, e que essa pretensão inclui uma pretensão de correção moral. Essa pretensão de correção é a fonte da relação necessária entre o direito e a moral" (ALEXY, 2014c, p. 302). Por outro lado, em relação à *dimensão real do direito*, Robert Alexy assinala que: "O problema do conhecimento prático requer que se abandone o primeiro estágio, definido exclusivamente pelos ideais de correção e discurso, e siga-se para o segundo estágio, em que procedimentos juridicamente regulados, em primeiro lugar garantem a obtenção de uma decisão e, em segundo lugar, cuidam de sua execução. Esse é o passo na direção da positividade, do modo como definida pela legalidade autoritativa e pela eficácia social. A insuficiência da dimensão ideal como um procedimento decisório exige como seu complemento a existência da dimensão real do direito, ou seja, de sua dimensão positiva. Essa exigência deriva das exigências morais de evitar os custos da anarquia e da guerra civil e de alcançar as vantagens da coordenação e cooperação sociais" (ALEXY, 2014c, p. 310).

democráticos de direito. Não existem dúvidas de que a “injustiça extrema” consiste em violações extremas a direitos humanos, e sua fundamentabilidade é um tema de grande significado para este trabalho. Contudo, é possível argumentar que há casos em que pode haver dúvida se se trata de uma “injustiça extrema” ou não, e isso também aumentaria a insegurança jurídica. O que deve ser observado, porém, é que todo e qualquer caso de dúvida na interpretação de qualquer lei, algo bastante corriqueiro no mundo jurídico, implicaria um aumento na insegurança jurídica. De todo modo, como forma de esclarecer esse argumento, afirma Robert Alexy na obra “Teoria Discursiva do Direito” que:

> Se os direitos fundamentais, por exemplo o direito à vida, são fundamentáveis, então eles existem. Se eles existem, eles podem ser violados. Se eles podem ser violados, a lesão pode ter maior ou menor gravidade. Se a lesão pode ter maior ou menor gravidade, então a lesão pode também ser extrema. Essa lesão extrema constitui o limiar da injustiça extrema. Há casos em que alguém que reconhece os direitos humanos dificilmente pode contestar que esse limiar foi ultrapassado. A aniquilação psíquica e material de uma minoria da população por motivos racistas é um exemplo. Isso já é suficiente para retirar a fórmula de Radbruch da área da mera subjetividade. Há porém casos em que se pode contestar se uma lesão a direitos humanos e com isso uma injustiça é extrema. O fato de haver casos em que a subsunção sob um conceito é duvidosa não é motivo porém para não empregar esse conceito. Se fosse diferente, dever-se-ia renunciar a quase todos os conceitos referentes a normas jurídicas e com isso a todas as normas jurídicas, bem como ao direito. O que é decisivo é somente se a aplicabilidade de um conceito pode ser discutida racionalmente. Esse é o caso do conceito de injustiça extrema, bem como de vários outros conceitos do direito. (ALEXY, 2014c, p. 362).

Pois bem, para além das polêmicas acerca da fundamentabilidade do direito, lidar com essas dúvidas interpretativas é tarefa do direito e não há nenhuma forma de eliminá-las. Talvez, as dúvidas interpretativas acerca do conceito de “injustiça insuportável” sejam muito menores do que as dúvidas interpretativas que rondam outros conceitos jurídicos corriqueiros. Por isso, a cada passo dado neste trabalho, chega-se à conclusão de que a defesa de um conceito de direito não-positivista é o melhor caminho a ser seguido na prática pelos juristas em um Estado de direito, e isso se reafirma na ideia regulativa de que o direito exige uma institucionalização da razão na maior medida possível.

Definitivamente, é importante salientar, que as bases do Estado democrático de direito são integradas pelos direitos humanos e fundamentais, e por outro lado, de um processo de formação da vontade que se permite democrática. Como bem

sinalizado por Robert Alexy, o processo de formação da consciência volitiva democrática é objetivo na medida em que ele se “apoia em argumentos, ou seja, possui um caráter discursivo e deliberativo. Naturalmente, a institucionalização da razão não é um projeto fácil. Mas ele é um projeto possível e, além disso, um projeto necessário nacional e globalmente” (ALEXY, 2014c, p. 369).

É visível que a necessidade sistemática de reconstrução argumentativa do direito apresenta os seus vários problemas, ainda mais quando se decifra os aspectos da “injustiça extrema” de Gustav Radbruch e o Estado democrático de direito. Apesar dessa grande dificuldade, um caminho é possível de ser traçado, que seria a fundamentação racional do direito, onde deveria ser expurgado do sistema jurídico toda e qualquer forma de “injustiça extrema”. Sendo assim, é aconselhável que as investigações apresentadas aqui possam acentuar e promover a autoconfiança do jurista sobre a essência do direito. Contudo, será tratado logo a seguir, em termos práticos, um caso emblemático relacionado à “injustiça extrema” e os seus reflexos em um Estado democrático de direito.

6.3.1 Aspectos pragmáticos sobre a Lei de Anistia e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 no Supremo Tribunal Federal

Não se pode esquecer que o direito vive, em última análise, na consciência humana. No entanto, não é porque certos direitos estão desacompanhados de instrumentos assecuratórios próprios que eles deixam de ser direitos com exigências impostergáveis. Em um Estado democrático de direito, quando a lei é falha, deve-se procurar modificá-la no parlamento, e não simplesmente violá-la. Na melhor das intenções, o caminho democrático para a realização da justiça é muito mais longo e árduo que a solução simplista da justiça com as próprias mãos. O que importa é que a democracia pode até não ser o sistema mais simples e rápido de resolução de conflitos, mas a adoção de “injustiças extremas” deixa a porta aberta para o totalitarismo, assim como para outros sistemas de poder autoritários e arbitrários.

Pois bem, foram necessários vários séculos de civilização para se perceber que o direito e justiça se manifestam por meio das pessoas e se perpetuam no tempo devido às necessidades e demandas sociais. Dadas às complexidades do mundo exterior, é imprescindível que as pessoas sejam reconhecidas em seus contextos históricos e sociais de acordo com suas especificidades. E nesse aspecto,

tanto o direito como a justiça exercem funções sociais específicas, estabelecem e mantêm as condições genéricas de coercibilidade, controle social, consenso e interdependência, contribuindo para a existência e a preservação do sistema social.

Se a essência de todo direito é a consciência do que a cada um é devido, por força dessa premissa, ressalta-se que não há como considerar qualquer sistema jurídico divorciado da realidade social. Contudo, as soluções são demarcadas em importância pelo ponto de partida do reconhecimento do problema, relacionando-se sistema jurídico e realidade social, de modo que possam transcender reformas que respondam efetivamente aos anseios sociais. Em decorrência desses postulados, tais sistemas devem preencher certas condições ou pré-requisitos necessários à sobrevivência da sociedade.

Por sua vez, a análise da aplicabilidade prática da “injustiça extrema” em um Estado democrático de direito é abrangente no sentido da estruturação do consenso e da preservação da ordem na sociedade. Seja como for, antes de adentrar no caso prático específico sobre a “injustiça extrema”, é interessante trazer os ensinamentos de Goffredo Telles Júnior, que pautarão tal compreensão pelo seguinte sentido:

> A sociedade vive sob uma constelação de normas, a imensa maioria das quais normas jurídicas, que autorizam quem foi lesado a exigir, por meios competentes, que as regras sejam cumpridas, o mal sofrido reparado, a obrigação cumprida, as coisas repostas no estado em que estavam, ou, em caso de crime, que uma penalidade seja imposta ao seu infrator (TELLES JÚNIOR, 2001, p. 44).

Hoje em dia, a todo instante, geralmente sem perceber, o ser humano inspira-se em normas que servem de guia ou de modelo. Todas as suas ações, desde os pensamentos e sensações mais íntimas, até os gestos e atitudes mais evidentes submetem-se a regras de conduta. Aliás, a partir do momento em que uns vivem ao lado dos outros, tem-se a necessidade de regras de conduta, pois não há sociedade possível sem haver uma “ordem”. O que se deve ter em mente é que esta “ordem” não pode ser análoga aos casos de “injustiça extrema”, sob pena de sepultamento do ordenamento jurídico. Por isso, para compreender o que é a regra de conduta em um sistema legal, é necessário conhecer o fim a que ela se propõe. Este fim deve permitir o bem-estar e a vida em sociedade.

Dentre as várias reflexões que se pode fazer a respeito da aplicabilidade prática da “injustiça extrema” em um Estado democrático de direito, uma é bastante

abrangente no Brasil e merece destaque, que é o caso referente à Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979). Veja-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF), que considerou ter sido a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979) inteiramente recepcionada pela ordem jurídico-constitucional após 1988, tem sido submetida à fórmula de Gustav Radbruch e, para alguns autores, o julgamento a teria desconsiderado[112]. Com vistas a tornar sedimentada a análise da "injustiça extrema" em um Estado democrático de direito, é relevante destacar de forma pormenorizada o julgamento da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979), mais precisamente a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 no Supremo Tribunal Federal (STF).

Segue-se daí, que entre os anos de 1964 e 1985, o Brasil esteve sob a égide de uma ditadura militar, que de maneira emblemática buscou a legitimidade através de uma hipotética "pretensão democrática" que se constituiu numa espécie de fio condutor para dilacerar todo o sistema social através de um estatuto militar. É necessário verificar que, naquele período, o sistema de ideias e valores sobre uma "suposta democracia" que a ditadura militar procurava elaborar, estava estritamente vinculado às suas estratégias de ação nas diversas esferas, quais sejam, econômica, política, social e jurídica. A partir dessa ideia, o regime militar empenhou-se para conseguir um consenso sobre os valores que deveriam nortear todos os grupos, instituições e indivíduos no processo de sedimentação de uma mentalidade que reconhecesse a sua relevância para o presente e futuro. Em termos gerais, de acordo com Maria José de Rezende:

> [...] pode-se dizer que a busca de legitimidade por parte do regime militar significava, basicamente, que ele se debatia para encontrar meios de obediência, adesão e aceitabilidade para as suas formas de atuação e ação, bem como para as suas crenças e valores. Isto demonstra que não se está tomando aqui a questão da legitimidade sob o enfoque meramente jurídico, mas sim sociológico. Através deste último torna-se possível partir do regime político (vigente entre 1964 e 1984) e do grupo social que o conduzia e lhe dava sustentação, para se compreender a sua articulação no processo de construção de sua identificação com os diversos segmentos sociais. Durante a ditadura, um dos elementos centrais de sua busca pelo reconhecimento era o empenho em atestar, a partir dos valores sociais, principalmente, que havia uma suposta identificação perfeita entre os militares no poder e o povo. [...] Desmesuradamente os condutores da

[112] Sobre a questão do julgamento da ADPF nº 153 pelo Supremo Tribunal Federal, conferir em Fábio Henrique Araújo Martins: "Uma análise da ADPF 153 desde a fórmula de Radbruch e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos" (MARTINS, 2011, p. 43-53).

> ditadura labutavam para mostrar que a sua noção de ordem social era produto dos anseios da maioria da população. Nestes termos, o regime insistia em que ele possuía todos os elementos que permitiam a sua identificação com o povo. Ao pressupor que havia esta identificação, os militares circunscreviam a ação de todos à sua ação. Assim, tudo o que estava fora deste limite deveria ser decididamente repelido e/ou eliminado. (REZENDE, 2013, p. 4).

Revela-se, porém, que a ditatura militar no Brasil só admitia aquilo que estava absolutamente integrado ao seu controle, num processo de geração contínua de uma ampla consonância com seus propósitos nas diversas esferas da vida social. Nessas condições, o governo foi fundado durante a ditadura na sedimentação da crença nos valores daquelas instituições que o regime se dizia empenhado em preservar. Por isso, conforme assinala Maria José de Rezende, é de se observar que o desmantelamento paulatino das instituições políticas “fazia com que a ditadura buscasse construir sua aceitabilidade a partir de supostas qualidades dos militares no poder; as quais teriam sido conquistadas a partir de sua formação junto às Forças Armadas” (REZENDE, 2013, p. 5).

Não há dúvidas de que o ideário da ditatura militar no Brasil, construído pelos componentes do grupo de poder e consubstanciado no uso da força militar para o fomento de uma “nova legalidade”, produziu diversas reações dissidentes na sociedade civil brasileira. Diante disso e da criação da Lei de Anistia em 28 de agosto de 1979, a Comissão Nacional da Verdade considerou que a extensão da anistia aos agentes públicos que deram causa a detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres é incompatível com o direito brasileiro e a ordem jurídica internacional, pois tais ilícitos, dadas a escala e a sistematicidade com que foram cometidos, constituem crimes imprescritíveis contra a humanidade (não passíveis de anistia).

A polêmica existente a respeito dos conflitos entre a sociedade civil e as forças armadas durante a ditadura militar foi preponderante para a elaboração de uma Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979), que viria, tempos mais tarde, perpetuar a impunidade e obstruir o esclarecimento dos fatos. Nesse sentido, é recorrente observar que muitos cidadãos brasileiros até hoje encontram-se desaparecidos por força desses enfrentamentos ocorridos no passado histórico. Em razão disso, como forma de anistiar os diversos agentes infratores que propiciaram a injustiça continuada a vítimas e familiares, foi sancionada no Brasil a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979), que considerou o seguinte:

> LEI DE ANISTIA - LEI Nº 6.683, DE 28 DE AGOSTO DE 1979.
>
> Concede anistia e dá outras providências.
>
> O PRESIDENTE DA REPÚBLICA: Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
>
> Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).
>
> § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.
>
> § 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. [...] (BRASIL, 2015).

Do ponto de vista deste trabalho, a proibição da tortura, das execuções, dos desaparecimentos forçados e da ocultação de cadáveres é absoluta e inderrogável. Porém, foi isso que ocorreu no Brasil em plena ditatura militar sob o manto de uma "nova legalidade" defendida pelos grupos de poder até então reconhecidos. Dentre outras razões, os atos de exceção postos em vigor no transcorrer do governo ditatorial brasileiro podem ser citados como a expressão mais evidente de que as respostas às ordens ditatoriais tinham de ser sempre favoráveis aos interesses do regime político que vigia no país. Sendo assim, a presente Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 foi impetrada pela Ordem dos Advogados do Brasil em 2008, vindo a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2010. Em seu mérito, o propósito era o seguinte:

> [...] declaração de não recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto no art. 1º da Lei nº 6.683, de 19 de dezembro de 1979. A concessão da anistia a todos que, em determinado período, cometeram crimes políticos estender-se-ia, segundo este preceito, aos crimes conexos - crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. (BRASIL, 2015, p. 5).

Destarte, em 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) exigiu um posicionamento consolidado da Corte Suprema depois do ajuizamento da Ação de

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, na qual entendia que os princípios da Constituição Federal de 1988 não permitiriam o acolhimento da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979). Com efeito, em abril de 2010, por sete votos a dois, os ministros da Corte Suprema rejeitaram o pedido. Deve-se ressaltar, porém, que o disparate em torno da revisão da norma chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), que decidiu o seguinte:

> ADPF 153 / DF - DISTRITO FEDERAL
>
> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
>
> Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 29/04/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216- PP-00011
>
> Parte(s)
> ARGTE.(S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB
> ADV.(A/S): FÁBIO KONDER COMPARATO
> ADV.(A/S): RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO
> ARGDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA
> ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
> ARGDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL
> INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA
> ADV.(A/S): PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
> INTDO.(A/S): CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL - CEJIL
> ADV.(A/S): HELENA DE SOUZA ROCHA E OUTRO(A/S)
> INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANISTIADOS POLÍTICOS - ABAP
> ADV.(A/S): ADERSON BUSSINGER CARVALHO E OUTRO(A/S)
> INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO DEMOCRÁTICA E NACIONALISTA DE MILITARES
> ADV.(A/S): EGON BOCKMANN MOREIRA E OUTRO(A/S)
>
> EMENTA: LEI Nº 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI Nº 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI Nº 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO

DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE.

1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. 2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. 3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei nº 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [I] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [II] hão de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [I] relacionados com os crimes políticos ou [II] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei nº 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados - e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou - pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. 5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei nº 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento - o momento da transição conciliada de 1979. A Lei nº 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei nº 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes - adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 -

e a Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição - que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes - não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá - ou não - de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade - totalidade que o novo sistema normativo é - tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.

DECISÃO: O TRIBUNAL, POR MAIORIA, REJEITOU AS PRELIMINARES, VENCIDO O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO, QUE EXTINGUIA O PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. Votou o Presidente. No mérito, após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (Relator), julgando improcedente a arguição, foi o julgamento suspenso. Ausentes o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o Senhor Ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF nº 153-DF. Falaram, pelo arguente, o Dr. Fábio Konder Comparato; pelos *amici curiae*, Associação Juízes para a Democracia, Centro pela Justiça e o Direito Internacional-CEJIL e Associação Democrática e Nacionalista de Militares-ADNAM, respectivamente, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini, a Dra. Helena de Souza Rocha e a Dra. Vera Karam de Chueiri; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelo arguido, a Dra. Gabrielle Tatith Pereira, Advogada-Geral Adjunta do Congresso Nacional e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 28.04.2010. Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a arguição, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, que lhe

> dava parcial provimento nos termos de seu voto, e Ayres Britto, que a julgava parcialmente procedente para excluir da anistia os crimes previstos no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o Senhor Ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF nº 153-DF. Plenário, 29.04.2010. (BRASIL, 2015, p. 1-4).

Como assinalado, conclui-se, pois, que diante das tamanhas ilegalidades e monstruosidades ocorridas na ditadura militar, marcadas por um período “negro” no cenário histórico brasileiro, a criação de uma lei com espectro de impunidade demonstra aquilo que Gustav Radbruch observou: “leis injustas” não são leis. Ora, é crucial levar esse argumento a sério, visto que o próprio debate entre positivistas e não-positivistas, com bastante evidencia neste trabalho, encerra uma análise dicotômica no caso brasileiro sobre o “esquecer x punir”. Na verdade, é possível pressupor que isso deu um tom especial tanto nos embates judiciais na Alemanha reunificada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, quanto no atual contexto brasileiro sobre a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979) pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Não se pode esquecer, que cada realidade exige uma resposta pensada para essa mesma realidade, algo que o debate jurídico costuma olvidar. E é por isso que Klaus Günther insiste que a atribuição legal de culpa é necessária, como um elemento de “construção da memória coletiva” (GÜNTHER, 1997, p. 86). Com base nisso, essa atribuição legal de culpa é incompatível com o esquecimento, e por isso, incompatível também com a anistia em seu sentido tradicional, que interrompe ou impede o início de todo e qualquer processo legal de averiguação e culpabilidade. Contudo, construir o passado é conhecer a memória coletiva, por isso, de acordo com Klaus Günther "a exigência de punição exemplar e incondicional pode ser uma exigência muito grande; mas a demanda por anistia e esquecimento pode ser algo brando demais" (GÜNTHER, 1997, p. 83). Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva:

> Assim, ao contrário da anistia, que pretende apagar o passado e bloquear a construção de uma memória, ao confundir o não estabelecimento de punições com a recusa a investigar a culpa, existem outras formas legais de construir o passado e a memória, para que se possa começar a encarar o futuro. Se estivermos abertos a esses caminhos alternativos entre a vingança e o esquecimento, talvez descubramos que, também no Brasil, o futuro não pode ser encarado sem memória e que há ainda muitos passados esperando por acontecer. (SILVA, 2011, p. 104).

No tocante a essas considerações, mais do que debater sobre situações específicas no direito, o importante é o estabelecimento de uma postura metodológica uniforme e racional, sendo que o principal objetivo deste trabalho é a defesa de um conceito de direito não-positivista, o que torna viável o estudo da "injustiça extrema" e o Estado democrático de direito. No presente caso, o que se vê em relação à Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979), é a instauração de um ordenamento jurídico "extremamente injusto", cuja inobservância de preceitos fundamentais básicos são descartados, o que leva o Estado a uma "negação do próprio direito". Urge reconhecer que existe na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIII, a não recepção de lei que beneficie com anistia os atos advindos de crimes contra a vida, como a tortura:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (BRASIL, 2015).

Ora, o disposto na Constituição Federal de 1988 é certamente um óbice para a recepção da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979), já que esta anistiou agentes do governo que praticaram atos de barbárie na época da ditadura militar no Brasil. Como explica Filipe Torres de Oliveira, "[...] a lei da anistia fora elaborada e posta em vigor por um regime autoritário, que sequer fora escolhido pelo povo brasileiro, dado que o chefe de governo era escolhido entre os próprios militares" (OLIVEIRA, 2012, p. 47).

Assim, é possível afirmar que a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF) destaca o problema da superação do passado de iniquidades, abusos, ilegalidades e impunidade. Neste aspecto, um grande questionamento pode ser colocado em relação a aplicação da lei no Brasil: é possível considerar "justo", hoje em plena democracia, aquilo que foi considerado direito no regime de ditadura militar? O problema a este questionamento pode ser suplantado por Gustav Radbruch em sua fórmula de compatibilização entre a

positividade e a justiça.

Como razão ao problema exposto, a fórmula de Gustav Radbruch foi construída para orientar a análise e aplicação do direito em situações difíceis e insuportavelmente injustas, onde o conflito entre justiça material e segurança jurídica estejam absolutamente deflagrados. Por sua vez, é preciso observar que a fórmula radbruchiana limita a aplicação do direito positivo, uma vez que este estaria submetido ao critério da "medida de justiça" enquanto medida do insuportável e da não negação da igualdade, por ser o próprio núcleo da justiça para Gustav Radbruch.

Em se tratando da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979), a tensão entre justiça material e segurança jurídica não pode pretender forçar o esquecimento, tendo em vista que se a ditadura instaura um espetáculo jurídico[113] característico de um Estado de exceção, pode-se afirmar que toda e qualquer justificação ou fundamentação legal do regime ditatorial é nula desde sua origem, isto é, a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/1979) é nula de pleno direito desde sempre. Logo, tal lei não é uma verdadeira lei, pois pode ser considerada em um Estado democrático de direito uma "aberração jurídica", uma vez que ultrapassa o umbral da "injustiça extrema". Como bem adverte Fábio Henrique Araújo Martins:

> [...] uma Ditadura Militar Estado de Exceção - Polícia - que se reveste com o manto das formas jurídicas, não passa a ser portador de legalidade pelo mero fato de autodeclarar-se Direito ou Jurídico - a autolegitimação, o autojulgamento e autoabsolvição são simulações jurídicas, simulacros de direito, ou seja, institutos característicos de uma pseudolegalidade - legalidade absolutamente injusta - logo juridicamente impossíveis; desta maneira, tal Regime segue faltante e afastado da legitimidade moral [...]. Giorgio Agamben no seu Estado de Exceção ressalta que o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal. Retomando uma importante questão debatida por Alexy, para os que argumentam que a aplicação da fórmula Radbruch em casos de Direito Penal ficaria prejudicada pela consequente negação do Principio da *nulla poena sine lege*. Alexy lembra, defendendo o equívoco de tal assertiva, que a aplicação da fórmula não cria nenhum novo tipo penal senão que elimina as causas de justificação de um regime injusto e que a aplicação da Fórmula não modifica retroativamente a situação, senão que somente se constata como era a situação jurídica no momento do fato. Assim é que a Lei de Anistia Brasileira de 1979 pode ser entendida como uma lei que se encontra numa situação de "vigência sem significado" que pela natureza ditatorial se apresenta numa democracia com inexequível. Portanto, a fórmula é um instrumento a ser utilizado em situações difíceis, em que se trata da eleição entre dois males, expressando em última análise na opção política por mais justiça material ou mais segurança jurídica. (MARTINS,

[113] Este pode ser entendido como mais um neologismo híbrido para tentar ilustrar o modo jurídico de fazer funcionar o direito em tempos de Ditadura Militar no Brasil (MARTINS, 2011).

2011, p. 46).

Como sugere o jusfilósofo alemão Gustav Radbruch, a “injustiça extrema” não é direito. No presente caso, isso repousa a missão por excelência do jurista, entre o justo e o injusto, sempre decidir a favor da justiça. Portanto, “é dever máximo, moral e jurídico, de todo o jurista não admitir a presunção assaz difundida, acriticamente, de que a lei seria justa por ser lei” (FREITAS, 1989, p. 14). Desse modo, é possível compreender que independente da interpretação e fundamentação que tenham sido feitas, a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF), está completamente equivocada devido ao seu conteúdo injusto, uma vez que contraria os preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, seus princípios democráticos, assim como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Como ensina Fábio Henrique Araújo Martins:

> O Superior Tribunal Federal - STF - do Brasil infelizmente é conivente com os Crimes de Estado praticados no período do Regime de Ditadura Militar. Preso na “redoma do servilismo” a ciência jurídica em nossa cúpula constitucional se degenera e se deforma em pseudociência dogmática, num procedimento assustador que nos faz perguntar se realmente vivemos uma democracia como oposição a Ditadura. O resultado do julgamento da ADPF 153 é a prova da posição dogmática do STF que desde “o positivismo só vê, no Direito, a bunda estatal[114]”. Como bem lembrou o Professor José Carlos Moreira da Silva Filho: “O Judiciário perdeu uma grande oportunidade de exercer o seu papel. Não se tratava de se substituir ao legislador[115]”. (MARTINS, 2011, p. 48).

É digno de ênfase concluir pela insuficiência jurídica da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF). Assim, diante dos desafios de uma revolução democrática, mais especificamente o papel e desafios da Justiça nesta revolução, assinala Boaventura de Souza Santos que:

> A independência judicial foi criada para que o tribunal possa defender os interesses democráticos dos cidadãos, não os interesses de uma classe. [...] Ao contrário do que se pensa em alguns meios judiciários, a independência judicial democrática pode exigir o controle externo do poder judicial. (SANTOS, 2007, p. 87).

[114] Conferir em Roberto Lyra Filho: “Por que estudar direito, hoje?” (FILHO, 1993).
[115] Conferir em José Carlos Moreira da Silva Filho: “Tanatos e o STF: o julgamento da ADPF 153” (FILHO, 2010).

A propósito, para que isso ocorra, lembra o catedrático da Universidade de Coimbra: é necessária uma profunda modificação na cultura jurídica e judiciária do país (o que permite reafirmar a inviabilidade jurídica do referido julgado), pois a posição atual do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF) é uma prova disso, sendo passível de reforma e/ou revisão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), senão, pelo Tribunal da História. Afinal de contas, Justiça e direito existem? Para que servem? Pode-se dizer que são apenas palavras cujo significado se perdeu e o que impera, mesmo, é a lei do mais forte? Ora, se existem os crimes contra os mais altos valores já conquistados pela humanidade "têm que ser analisados e trazidos à luz para merecer o julgamento definitivo da racionalidade consciente com que a marcha dos povos se transforma em história" (RUSSEL; SARTRE; DEDIJER, 1970).

6.3.2 O Estado democrático de direito pode ser acometido por "injustiças extremas"?

Em certa medida, como já afirmado, é preciso compreender que o estabelecimento de um Estado democrático de direito cria um contexto institucional para a solução de problemas jurídicos. Valer dizer então, que em uma democracia, todo poder é representativo e deve ser exercido em nome e no interesse do povo. Como esclarece Robert Alexy, na "democracia ideal, o processo democrático sempre mostraria respeito suficiente em relação aos direitos fundamentais" (ALEXY, 2014c, p 318). Na verdade, é possível que isso traduza nas "democracias" um ponto fulcral que nenhuma sociedade pode abdicar: o respeito pelos direitos e as liberdades fundamentais que gozam os cidadãos. Inclusive, tais direitos são invioláveis e não podem ser instrumentalizáveis sob nenhum pretexto, ao contrário do que admitiam os utilitaristas. Diante das grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy, admite Luís Roberto Barroso que:

> A democracia traduz a ideia de soberania popular, de governo da maioria, que somente se consolida, verdadeiramente, ao longo do século XX. Para arbitrar as tensões que muitas vezes existem entre ambos - entre direitos fundamentais e soberania popular -, a maior parte das democracias contemporâneas instituem tribunais constitucionais ou cortes supremas. Portanto, o pano de fundo no qual se desenvolve a nossa narrativa inclui: (i)

> uma Constituição que garanta direitos fundamentais, (ii) um regime democrático e (iii) a existência de uma jurisdição constitucional. (BARROSO, 2014, p. 71).

Nesse sentido, os inúmeros embates sociais, as lutas de classes, as revoluções políticas, as reformas em geral, os pactos constitucionais nascidos de crises e os conflitos historicamente significativos, mostraram a vitalidade e o peso da relação entre a cultura dos direitos e a pressão dos movimentos sociais para a criação de formas institucionais, regimes, governos e processos democráticos ao longo da história. Na base dessas constatações, as estruturas da sociedade diferem conforme o *status*, a situação, a condição dos atores, assim como de acordo aos papéis e aos estratos sociais, aos valores e interesses, comuns ou divergentes. Analisando tal contexto, explica Luís Augusto Rabelo Júnior que:

> De fato, é inconcebível a existência de uma unidade a respeito de justiça, eis que diferentes são as pessoas e diferentes são também as culturas e as sociedades. Ao contrário do que se imagina, Rawls reconhece tal impossibilidade, ao sustentar a necessidade de um consenso sobre justiça. Assim sendo, a justiça terá sempre um conceito relativo, devendo prevalecer o entendimento da maioria daqueles que com ela convivem. É no âmbito desta linha de pensamento, se reconhece o brilhantismo e a capacidade intelectual de Rawls e de ser, a sua teoria, algo dotado de uma perspectiva abrangente, justa e igualitária, através da qual se depreende uma verdadeira preocupação social, sobretudo no que diz respeito aos direitos dos menos favorecidos, num momento histórico em que a ideia do individualismo se projeta e as oportunidades aparentam alcançar a todos. Rawls, em Uma Teoria da Justiça, foca a necessidade e a premência de uma justiça realmente justa, filosoficamente coadunada e alinhada com a voz dos mais fracos, ou melhor, dos menos favorecidos, muitas vezes esquecidos quiçá pelo texto frio das Leis que objetivamente desconsiderem as minorias. Rawls, mostra-se convicto de que a sua teoria pode, por meio da justiça, tornar uma sociedade justa e igualitária. (JÚNIOR, 2015).

De fato, tendo em vista a questão da “injustiça extrema” em Gustav Radbruch, os escritos sobre a teoria da justiça em John Rawls constituem um grande referencial político e teórico-filosófico, a partir do qual é possível retirar grandes ensinamentos, ainda que sujeitos às mudanças sociais e políticas da modernidade. Com bem sintetizado na teoria rawlsiana, a justiça deve ser a regra de qualquer sociedade humana bem ordenada, o que implica uma distribuição equitativa dos direitos e dos deveres entre os cidadãos de modo a gerar a máxima cooperação entre eles e uma correta distribuição dos benefícios alcançados. Além disso, sob esta ótica, uma sociedade que se pretenda justa há que possuir uma economia competitiva e um sistema social com instituições próprias, garantidores dos

princípios do justo, podendo, desse modo, prover um mínimo social e existencial. Contudo, é preciso refletir o seguinte: o Estado democrático de direito pode ser acometido por “injustiças extremas”?

Ora, é preciso pressupor, analisando criticamente, que podem existir “injustiças extremas” em grau de insuportabilidade em sociedades democráticas. Aliás, Robert Alexy considera que “extremamente injusto é tudo aquilo que vulnera os direitos humanos básicos” (BARROSO, 2014, p. 77). Nesse sentido, uma sociedade pode fomentar a prática da justiça ou da injustiça, mas isso não tem nada a ver com ela ser justa ou injusta em si mesma. Dizer que uma sociedade é justa ou não seria o mesmo que criar uma ficção útil para que os indivíduos pudessem escolher dentre os princípios da justiça àqueles que lhe trariam vantagem ou desvantagem na vida social, tais como: classe social, posição econômica, educação, concepção de bem, etc. A esse respeito, assinala Charles Taylor que:

> Para se ter uma sociedade viável é necessário não apenas que eu e os demais pensemos que ela é uma coisa boa, mas que alcancemos uma compreensão reconhecida em comum, que tenhamos desencadeado um vínculo particular em torno dessa sociedade, sua tradição, sua história. (TAYLOR, 1989, p. 863).

O fato é que a perspectiva da justiça como realização social procura observar as injustiças no plano concreto da sociedade em comparação com critérios de comportamento social. Em contrapartida, a chave para se arrebatar as “injustiças extremas” de toda e qualquer sociedade, principalmente as democráticas, caminha na direção do fortalecimento e do respeito aos direitos e garantias fundamentais. Da mesma forma, não se pode pensar no combate às “injustiças extremas” sem a proteção de tais direitos em sua plenitude. Por essa ocasião, o ordenamento jurídico de uma sociedade deve, através de um programa normativo, buscar o fortalecimento da própria ideia de democracia no viés de uma lógica inclusiva da cidadania, capaz de orientar o processo de justificação racional do direito.

No entanto, o grande objetivo da teoria rawlsiana era pensar em estabelecer um procedimento imparcial capaz de permitir a “escolha de princípios consensuais justos” (MORRISON, 2006, p. 470). Neste ponto, o fato de uma lei não ser considerada justa não configura em si um justo motivo para que não fosse cumprida. Do mesmo modo, explica Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann que a obrigatoriedade de “leis injustas” deve estar sempre encorajada aos limites

permitidos do “tolerável como injusto, desde uma concepção que leve em conta os possíveis conflitos entre princípios que possam vir a acontecer e se as prioridades devidas estão sendo observadas, caso contrário, ter-se-á configurada uma injustiça” (HOGEMANN, 2015). Não obstante, John Rawls aponta dois motivos pelos quais pode surgir a injustiça, a saber:

> As ordenações vigentes podem se afastar em grau variado dos padrões publicamente aceitos que são mais ou menos justos; ou essas ordenações podem conformar-se com uma concepção de justiça da sociedade, ou com a visão da classe dominante, mas essa concepção em si mesma pode não ser razoável, sendo até, em muitos casos, claramente injusta. (RAWLS, 1971, p. 390).

De fato, é relevante observar que quando as leis e as políticas implementadas pela maioria numa sociedade afastam-se dos padrões adotados originalmente como “justos”, é plausível que se possa recorrer ao “senso de justiça” da própria sociedade, no sentido de enquadrar o desajuste verificado. Contudo, como afirma Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, há casos em que os princípios norteadores da sociedade “são estabelecidos objetivamente de modo a privilegiar determinado grupo e seus interesses específicos; neste caso não resta outra alternativa senão a oposição a esta situação através da utilização de métodos que resultem eficazes” (HOGEMANN, 2015).

No que concerne à reflexão teórico-jurídica em geral, é possível abstrair que a ideia de justiça pressupõe não apenas uma distinção de mérito e demérito, mas também as diferenças escalares dentro de um e do outro. Para explicar esse paralelo entre o “justo” e “injusto”, Olavo de Carvalho faz um questionamento importante: suponham uma rígida sociedade de castas e uma democracia igualitária. Qual das duas é mais justa?

> A sociedade de castas alega que é justa porque busca refletir na sua estrutura a ordem hierárquica dos valores, premiando em primeiro lugar os homens espirituais e santos, depois os valentes e combativos, depois os esforçados e industriosos e por fim os meramente obedientes e cordatos. Quem chamaria isso de injustiça? O igualitarismo democrático baseia-se na ideia igualmente justa de que ninguém pode prever de antemão os méritos de ninguém, sendo portanto melhor assegurar a igualdade de oportunidades para todos em vez de encaixilhá-los por nascimento em lugares estanques da hierarquia. A sociedade de castas falha porque não é garantido que os filhos de santos sejam santos, de modo que aos poucos a hierarquia social se torna apenas um símbolo remoto em vez de expressão direta da hierarquia de valores. De símbolo remoto pode mesmo passar a caricatura

> invertida. A democracia, por sua vez, na medida em que nivela os indivíduos nivela também suas opiniões e, portanto, os valores que elas expressam. O resultado é o achatamento de todos os valores, que favorece a ascensão dos maus, egoístas e prepotentes pela simples razão de que já não há critérios para considerá-los piores do que os mansos e generosos. [...] Pela mesma razão, todo aquele que promete eliminar as exclusões sociais começa por excluir os que não acreditam nele, e aquele que promete uma hierarquia aristocrática perfeita começa por invertê-la quando, ao reivindicar o poder necessário para construí-la, se coloca a si próprio no topo da escala e se torna a medida dela em vez de ser medido por ela. Na alma do indivíduo bem formado é sempre possível conciliar o senso da hierarquia de valores com o sentimento da igualdade profunda entre os membros da espécie humana. O próprio amor aos valores mais elevados infundirá nele necessariamente um pouco de humildade igualitária, da qual Jesus deu exemplo constante. O indivíduo tem sempre a flexibilidade psíquica para buscar o equilíbrio dinâmico entre valores opostos. Mas nenhuma sociedade pode ser ao mesmo tempo uma *sociedade de castas* e uma *democracia igualitária*, nem muito menos ter a elasticidade necessária para passar de uma coisa à outra conforme as exigências morais de cada situação. Os valores morais existem somente na alma do indivíduo concreto. As diferentes estruturas sociais podem apenas macaqueá-los de longe, sempre sacrificando uns em proveito de outros, isto é, institucionalizando uma quota inevitável de erro e de injustiça. Os seres humanos podem ser justos ou injustos - as sociedades só podem sê-lo de maneira simbólica e convencional, eminentemente precária e relativa. Essas distinções são elementares, e nenhum indivíduo incapaz de percebê-las intuitivamente à primeira vista está qualificado para julgar a sociedade ou muito menos propor sua substituição por outra “mais justa”. Infelizmente, essa incapacidade é precisamente a qualificação requerida hoje em dia de todos os doutrinários de partido, parlamentares, líderes de movimentos sociais etc., porque cada um deles só consegue subir na vida na medida em que personifique a “sociedade mais justa” em nome da qual legitima suas propostas. Ou seja: são sempre os homens injustos que se incumbem de promover a “justiça social”, julgando e condenando aquilo que nem mesmo compreendem. Se em vez de buscar uma “sociedade mais justa” começássemos por derrubar de seus pedestais os homens injustos, um a um, a sociedade em si não se tornaria mais justa, mas haveria mais justiça na sociedade injusta - e isto é o máximo a que seres humanos razoáveis e justos podem aspirar. (CARVALHO, 2015).

Através dessa análise, é possível compreender em Olavo de Carvalho que os termos que designam qualidades morais só se aplicam realisticamente a indivíduos humanos, não a estruturas sociais, isto porque, um homem pode ser mais justo que outro; já uma sociedade, não, pelo simples fato de que a sociedade abrange tanto os interlocutores quanto as vítimas de injustiças, e chamá-la de injusta ou justa seria colocá-los no mesmo patamar. No entanto, sustenta John Rawls que a sociedade é um vasto esforço de cooperação social, no qual o problema da justiça aparece tanto nas sociedades simples como nas sociedades complexas. Por isso, afirma que:

> [...] uma sociedade é bem-ordenada quando não se destina apenas a promover o bem de seus membros, mas também é efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Em outras palavras, uma sociedade

> na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça e (2) na qual as instituições sociais básicas geralmente satisfazem e são geralmente conhecidas por satisfazerem esses princípios. (RAWLS, 1971, p. 4-5).

Situação diversa é a externada por Júlio Aguiar de Oliveira, onde muito embora a definição de uma "injustiça extrema" possa ser orientada pelos direitos humanos, o reconhecimento da "injustiça extrema" não é necessariamente simples. Pautado em tal premissa, observa que:

> A razão dessa dificuldade é devida, ao menos em parte, ao fato de que a injustiça extrema se expressa necessariamente na forma de uma norma devidamente estabelecida. Uma injustiça extrema não é simplesmente um ato terrível de injustiça, um crime ou uma violação de direitos humanos. Injustiça extrema - em seu sentido estrito, isto é, enquanto um elemento do conceito de direito - só pode se dar na forma de uma norma devidamente estabelecida com um conteúdo extremamente injusto. O fato de que esse conteúdo extremamente injusto encontra-se numa norma devidamente estabelecida é exatamente o que torna difícil o reconhecimento de uma injustiça extrema. Mas essa dificuldade, ao mesmo tempo, é uma evidência da adequação da Fórmula de Radbruch enquanto um elemento do conceito de direito. Se o direito fosse um sistema de normas neutro do ponto de vista moral, seria mais fácil reconhecer uma injustiça extrema. Tão logo não exista nenhum valor moral específico no direito em si mesmo, os valores morais - apenas refletidos pelo direito - brilhariam como estrelas numa noite no deserto, não ofuscadas pelas luzes da cidade. (OLIVEIRA, 2014, p. 158-159).

Deve-se observar, porém, em Robert Alexy, que a objeção a um conceito não-positivista de direito baseado na democracia exprime a ideia que "o conceito não-positivista do direito traz consigo o risco de que o juiz, apelando à justiça, vá se opor às decisões do legislador democraticamente legitimado" (OLIVEIRA, 2014, p. 155). Desse modo, como explica Júlio Aguiar de Oliveira, "o conflito entre uma lei com um conteúdo extremamente injusto (isto é, uma injustiça extrema) e a vinculação do juiz à lei é um conflito trágico. Frente a esse conflito, um juiz tem o dever de resistir à injustiça legal" (OLIVEIRA, 2014, p. 147). Pois bem, a análise feita é no sentido do dever de resistência, da maneira como Gustav Radbruch o compreende, onde o "*ethos* do juiz deve estar direcionado à justiça a qualquer preço, até mesmo ao preço da sua própria vida" (OLIVEIRA, 2014, p. 148).

Neste ponto em particular, a interpretação deve ser no sentido de que diante dos casos de "injustiça extrema", o alegado conteúdo "extremamente injusto" deve ser rechaçado, seja por aquele que aplica, cria ou julga as leis em sentido estrito. De modo distintivo, a democracia culmina em um exercício de poder, e onde há poder

deve haver responsabilidade, haja vista que em uma sociedade organizada racionalmente, haverá sempre uma relação diretamente proporcional entre poder e responsabilidade. Por este motivo, Robert Alexy conduz a sua análise reconhecendo o seguinte:

> [...] não se pode nunca excluir completamente a possibilidade até mesmo de um estado democrático constitucional bem organizado se degenerar em um estado injusto. A fórmula de Radbruch é, por isso, essencial como reserva de direitos humanos. Além disso, ela possui um grande significado teórico. Ela descreve as fronteiras absolutas e perpétuas da positividade. (ALEXY, 2014c, p. 361).

Por mais que se possa reconhecer a impossibilidade de se traçar uma linha demarcatória precisa entre uma "injustiça extrema", que importa negação da natureza jurídica de uma norma positiva, e uma "injustiça não extrema", que, consequentemente, não chega à negação da natureza jurídica de uma norma positiva, em Gustav Radbruch é possível observar as seguintes aproximações:

> a) uma lei que despreze o núcleo dos princípios do direito natural, expresso nas declarações de direitos humanos e civis, não é direito; b) uma lei que despreze a justiça enquanto finalidade do direito positivo, especialmente por meio de uma traição da igualdade, não é direito; c) uma lei que negue aos seres humanos seus direitos humanos, especialmente através da negação do reconhecimento de seu *status* humano, não é direito; d) uma lei que imponha uma mesma punição a classes de crimes muito diferentes umas das outras em gravidade, não é direito. Esses conteúdos não são apenas injustos, eles são extremamente injustos e, portanto, importam na negação da natureza jurídica da lei na qual se apresentem[116]. (OLIVEIRA, 2014, p. 145).

Por fim, diante das considerações apresentadas, compreende-se que toda e qualquer sociedade, assim como as sociedades democráticas, podem ser abrangidas por "injustiças extremas" ou "injustiças intoleráveis". Assim, é possível perceber que por mais simples ou complexa que seja a sociedade, inexoravelmente, ela aporta no direito um *locus* de convergência para a discussão de temas que tanto afligem a humanidade no cotidiano. E este é, portanto, o ponto de partida (e, talvez, de chegada) justificador do presente trabalho, qual seja, a imperiosa necessidade de se (re)discutir as possibilidades interpretativas do direito em face da defesa de um conceito de direito não-positivista, alargando ainda mais a discussão sobre a

[116] Conferir em Gustav Radbruch: "*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*" (RADBRUCH, 1946).

"injustiça extrema" de Gustav Radbruch em um Estado democrático de direito.

6.3.3 O "direito indefinível, mas presente" em um Estado democrático de direito: em que sentido pode-se condenar a própria lei por injustiça?

É importante ressaltar que o direito exerce na sociedade uma função ordenadora, de modo a organizar a coletividade, coordenar os interesses e compor os conflitos que surgem na vida social. Contudo, a problematicidade do direito é, com efeito, tão árdua que, "indefinível, mas presente" em um Estado democrático de direito. A encruzilhada a que chegou o direito e o choque das doutrinas tem gerado grande repercussão no universo jurídico que, por sua "abertura", amplia-se incessantemente e se torna cada vez mais complexo. Por sua vez, no plano metodológico, fica evidente que o pensamento racional revestido da ideia sublime de uma positividade já não mais fornece um instrumento de análise adequado para explorar o mundo do direito, pois as complexidades do universo jurídico e da sociedade são crescentes. No entanto, é preciso acreditar que o "direito não pode ser somente forma, sob pena de perecer com ela. O jurista não pode fechar os olhos à absolutidade do justo, sem a qual a lógica dialética não subsiste" (FREITAS, 1989, p. 17).

Não obstante a isso, a cada reivindicação no direito, uma tensão; e a cada conflito, uma necessidade de ordem e harmonia. É necessário pressupor que "o direito não marca sua singularidade como uma panóplia de critérios que poderíamos reunir num quadro ou desenvolver como uma taxinomia conforme o 'grau da civilização'" (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. 52). Deve-se ter presente que para a implementação do "justo" na sociedade, que continua sendo a finalidade de qualquer *corpus* jurídico, importa levar em conta a estrutura básica das democracias, sendo essas entendidas as principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade, no qual suas funções devem coadunar num sistema unificado de cooperação social. Todavia, para se pensar em um Estado democrático de direito, é preciso analisar o seguinte: ou o direito democrático exprimirá as capacidades arquitetônicas da razão, ou o direito democrático dependerá de uma rede de condicionamentos empíricos.

Em outros termos, é premente a necessidade deste trabalho de romper os grilhões do dogmatismo e do empirismo, do jusnaturalismo e do juspositivismo, do

idealismo e do realismo, do construtivismo e do reducionismo, com a finalidade de não mais se consumar os “passos para trás” e invocar um direito “livre”, “consciente” e “responsável” às exigências de seu tempo. Por isso, diversos são os questionamentos sobre as perspectivas inéditas e promissoras a respeito do direito, que merecem uma resposta clara a tais embates. Nesse enfoque, é possível entender a própria natureza do direito e suas bases? Ora, percorrendo com intensidade os inúmeros caminhos da pesquisa no direito, é possível argumentar que o direito se manifesta através de uma programação externa e uma programação interna, de modo que, encontrando o seu lugar entre “ordem e desordem”, funciona conforme o “modelo do jogo”. Inclusive, convém perscrutar que as redundâncias e os novos surtos que minam o direito, obstam a compreensão da juridicidade e ocultam as raízes fundadoras da racionalidade no direito.

De modo geral, denuncia-se, portanto, particularmente no direito, os efeitos perversos de uma racionalidade teórica e abstrata, cujas pretensões à generalidade e à universalidade são desmentidas pelos fatos. Por sua vez, combater a legitimação de “leis injustas” é um dos grandes objetivos e desafios deste trabalho, pois, sem dúvida, opõe-se à ideia de valorização do “justo” e produzem um direito “estéril” na sociedade. Pode-se, decerto, sustentar que o sonho da igualdade perante a lei pertence a uma tradição eterna, mas em um Estado democrático de direito, tornar os homens iguais em direito significa politicamente proteger-lhes a liberdade de modo que ninguém possa conspurcá-la. Em contrapartida, todo direito, quer se trate de um “poder” ou de uma “liberdade” do sujeito de direito, é um crédito que ordem jurídica do Estado deve conceder ao indivíduo.

Contudo, é preciso avaliar o sentido e o alcance do direito em um Estado democrático de direito para que se possa transcender a ideia de um “direito indefinível”. Na defesa de um conceito de direito não-positivista, afirma Simone Goyard-Fabre que as construções demiúrgicas da “juridicidade positiva” engendraram uma prática estereotipada e repetida do direito, no qual uma “ideologia de robô” pôde ser verificada:

> As ambições tecnicistas de um direito racional funcionaram como mecanismos de exclusão. Isso seria particularmente notório na pirâmide jurídica redesenhada por Kelsen, frequentemente atacada pelo fato de não reservar nenhum lugar, no edifício do direito, para os silêncios e as lacunas: diz-se que o exagero tecnicista do discurso jurídico seria como que o desafio da razão, ao se hipertrofiar, lança a si mesma. [...] A decadência do

> jurídico nasceu de sua profusão. Sua hipertrofia provocou sua erosão. Então, obedecendo à mecânica tecnoburocrática, o direito tornou-se uma máquina diabólica, sempre pronta a funcionar a toda e que, por sua própria mecanização, colocou fora de circuito a realidade social, a vida e a história. (GOYARD-FABRE, 2007, p. 196).

Na realidade, é através do temor normativo (no qual se agita uma espontaneidade que zomba da ordem, da coerência e das continuidades) que o universo jurídico se revela a cada instante um composto de cortes, falhas, hiatos, mudanças de direção, ausência de valores, incoerência e negatividade. Dito de outra forma, se o direito positivo é desprovido de essência e de valor, a norma, em última análise, não passa de uma mera palavra. Percebe-se, pois, que há nesse tipo de direito mais "vazios" que "cheios", mais "incoerências" do que "causalidades", mais "arbitrariedades" do que "justiça", mais "regresso" do que "progresso". Se nada for feito, "o enfraquecimento do direito logo chegará a seu termo e um novo niilismo poderá desabrochar" (GOYARD-FABRE, 2007, p. 197). De maneira substancial, explica Denis Lloyd que:

> [...] o ataque ao positivismo tende a ser desencadeado hoje em duas frentes. Em primeiro lugar, alega-se que o positivismo jurídico, pela sua recusa em reconhecer uma moralidade absoluta mais alta que controla a validade legal, possibilitou aos ditadores totalitários dobrarem as leis e aqueles que as administram, de modo a perpetrarem, sob o disfarce de autoridade legal, injustiças estarrecedoras, como as levadas a cabo na história europeia recente. Em segundo lugar, foram feitas tentativas para mostrar que existem, de fato, valores morais absolutos e que sua existência pode ser demonstrada de várias maneiras. [...] Além disso, a noção de que o positivismo jurídico levou às ditaduras nos tempos modernos é palpavelmente falsa, porquanto é no mundo anglo-saxônico do direito consuetudinário que essa doutrina jurídica foi definida e ainda exerce a maior influência, e os *sistemas de valores democráticos* alcançaram aí um padrão de reconhecimento e respeito da lei mais elevado do que em qualquer outra parte do mundo. Na Alemanha pré-nazista e na Itália pré-fascista, por outro lado, a principal influência era a do hegelianismo, o qual, por seu tratamento do Estado como o valor supremo, muito contribuiu para encorajar uma ética e uma teoria do direito peculiarmente adaptadas ao espírito do totalitarismo. (LLOYD, 1998, p. 132-133).

De outra parte, pode-se afirmar, entretanto, que tendo em vista a proximidade dos atributos formais dos dois conceitos relacionados às concepções de lei e de justiça, surge a partir daí um questionamento: em que sentido pode-se condenar a própria lei por injustiça? Ora, a "injustiça legal" pode ser cometida quando um caso é decidido num sentido contrário ao que a própria lei estipula. Aliás, se o que a lei

estabelece coincide com o que é considerado justiça substancial é uma outra questão muito diferente. Como exemplo disso, a lei pode permitir que uma pessoa inflija grave dano ou perda a outrem sem que esta tenha qualquer direito de reparação. Por sua vez, uma decisão judicial para esse efeito é legalmente justa, embora possa ser considerada até mesmo pelo próprio Tribunal julgador, no plano da moral, sumariamente injusta. Em contrapartida, se o Tribunal, inversamente à lei estabelecida, decidir a favor do litigante, então isso talvez fosse moralmente justo, mas, ainda assim, equivaleria a uma “injustiça legal”.

Sem sombra de dúvidas, de acordo com o exemplo aqui exposto, naturalmente, pressupõe que, no caso, a lei é clara, mas foi mal aplicada. É de se observar, porém, que na prática, as complexidades da maioria dos sistemas legais são tais que eles estão repletos de incertezas quanto à sua interpretação correta em uma enormidade de situações. No entanto, é claro observar quando um Tribunal de primeira instância admite o que se provou ser uma interpretação errônea da lei, a palavra “injustiça” não é muito apropriada e há muito poucas probabilidades de que seja usualmente empregada. Veja que a estreita relação da justiça com a moralidade exigiria alguma “deturpação” deliberada da lei para suscitar uma condenação de injustiça, em vez de mera interpretação errônea da lei, perpetrada de boa-fé por um Tribunal empenhado em cumprir seu dever com o máximo de zelo possível.

De alguma forma, a luta contra a injustiça há de ser, notadamente, dialética, sem ceder ao ceticismo axiológico. Porém, de acordo com o exemplo citado, existe ainda outra complicação: a de que o acórdão do Tribunal Superior pode não parecer, aos olhos dos profissionais do direito, ter sido solidamente fundamentado como matéria de lei e, além disso, sob alguns sistemas, até o Tribunal Supremo poderia estar habilitado a revogar todas as decisões preliminarmente por vício de interpretação da lei. Contudo, a “injustiça legal” é praticada quando a lei não é devidamente administrada naquele espírito de racionalidade e imparcialidade que ela requer. Por outro lado, se um Tribunal apura fatos em favor de um poderoso litigante, não porque esteja genuinamente persuadido de sua veracidade, mas porque deseja favorecer o poderoso, seja por temor das consequências de uma decisão adversa, seja em virtude de suborno ou esperança de futuro benefício ou promoção na carreira, então, foi cometida uma “injustiça legal”.

Contrariamente a tal perspectiva, a sociedade será justa porque se harmonizará com a sua ideia de justiça, “segundo a qual toda coisa e toda pessoa -

pois Platão pensa que a justiça se aplica tanto a objetos quanto a pessoas - têm sua esfera própria e que justiça significa harmonizar-se, ajustar-se a essa esfera" (LLOYD, 1998, p. 139-140). Ora, quaisquer que sejam os méritos do caso e, quer as leis pertinentes estejam de acordo, quer não com a justiça substancial, a ausência de racionalidade e imparcialidade continuará a ser uma violação fundamental na concepção de justiça. Sucede, porém, que tal aspecto pode ser reforçado ao se considerar um caso do Tribunal que manifesta parcialidade análoga por um litigante humilde, por sentir que este merece especial simpatia. Em outro exemplo parecido, esclarece Denis Lloyd que:

> [...] não é pouco frequente em nossa sociedade moderna, em que uma pessoa de poucos recursos sofreu lesões físicas num acidente de trânsito ou no seu local de trabalho e move uma ação em que o verdadeiro réu é uma companhia de seguros ou alguma empresa poderosa em que a vítima está empregada. Um juiz ou júri que decida os fatos em favor do queixoso, ao arrepio de uma avaliação imparcial das provas circunstanciais, movido por sincera compaixão pelo padecimento do queixoso, seria indubitavelmente culpado de cometer uma injustiça, legal e moral, por mais bem intencionada que a sentença possa ser. (LLOYD, 1998, p. 155).

Por tal motivo, a injustiça ocorrerá ainda quando a lei, embora administrada com perfeita racionalidade e imparcialidade, e de acordo com o seu teor, é injusta se julgada por qualquer sistema de valores aplicado para testar a justiça substancial da norma legal. Diante dessa revigorante explanação, uma "lei injusta" é uma concepção perfeitamente inteligível ao se entender simplesmente como uma lei que, válida em si mesma, conflita com a escala de valores pela qual se decida julgá-la. Nesse horizonte, a ideia pode ser aplicada com perfeita propriedade não só a leis individuais (que ofendam o senso de valores humanos), mas também a um sistema legal em seu todo. Convém ressaltar, todavia, que ao se reconhecer a justiça como consubstanciação da norma puramente formal de igualdade, então a justiça que exemplifica esse princípio não pode ser injusta por definição.

Por essa razão, exemplificando, uma decisão de uma associação ou clube para expulsar um membro por sua conduta pode ser perfeitamente "justa", no âmbito de suas normas regulamentares que preveem os casos de expulsão, mas será mesmo assim "injusta", por ignorar as circunstâncias especiais que atenuam a infração. Da mesma forma, uma lei de um determinado Estado excluindo certas raças ou religiões da participação em pleitos eleitorais poderia ser aplicada de forma

perfeitamente justa em relação aos submetidos a tal lei, mas a justiça substancial da própria lei continuaria inteiramente aberta a questionamento.

Com efeito, não é suficiente para um sistema legal aceitar os atributos formais da justiça, mesmo quando temperados por um espírito de equidade. Deve-se ter em mente, que a lei necessita possuir um conteúdo justo, e isto só pode significar que suas normais reais (devem elas mesmas), por seus dispositivos aspirar a (esforçar-se por) obedecer a alguns critérios de retidão que assentem em valores exteriores à própria justiça, no sentido de que nenhuma ideia meramente formal de justiça pode ditar a base para se optar por um conjunto de valores em vez de um outro. Não obstante, uma rígida e intolerante "lei injusta" pode não se coadunar com os valores da sociedade em que atua, sobretudo quando essa sociedade se encontra num estado de transição, com substanciais correntes de mudança social.

Assim, a afirmação de que a lei aspira à consecução da justiça não pode valer como substituto de uma escala de valores, pois sem estes podem ser estabelecidas as mais estarrecedoras formas de injustiça em nome da própria justiça. Contudo, apesar do "direito indefinível" ser um grande desafio para o Estado democrático de direito, ele estará sempre "presente" com as constantes mudanças na sociedade. Objeta-se, porém, que reconhecendo os ensinamentos de Gustav Radbruch, um sistema legal pode aspirar a servir à justiça da seguinte maneira: este deve proporcionar uma certa flexibilidade às leis aplicadas pelos Tribunais ou outros órgãos de administração judicial, de forma a conferir aos juízes e a outros funcionários judiciais a possibilidade de concretizarem a lei e de adaptarem às necessidades da sociedade em que ela se opera.

Embora tal posição possa ser rechaçada por completo pelos juspositivistas, é importante observar que no centro do dilema entre "lei justa" e "lei injusta" repousa uma posição de modo transdogmático na busca de um sistema jurídico aberto à sociedade que, em regra, deslegitima os formalismos de todas as correntes positivistas que desprezam os direitos humanos e fundamentais garantidos e assegurados na própria Constituição. Em grande medida, a questão é menos simples do que se pode imaginar, uma vez que toda "lei injusta", por contrariar os princípios da justiça, é, substancial e manifestamente, inconstitucional, isto é, fere os mandamentos esculpidos no ordenamento jurídico como um todo.

6.4 A sobrevivência do direito diante de um cenário de incertezas e

transformações constantes: a proposta de superação da "injustiça extrema" através da necessidade de (re)construção conceitual do direito

Para além das polêmicas acerca da fundamentação do direito em Gustav Radbruch, a proposição da legalidade como alternativa não pode significar a aplicação de uma norma injusta e opressiva aos cidadãos de um Estado. No que concerne aos problemas e a sobrevivência do direito diante de um cenário de incertezas e transformações constantes, excetuadas as vozes esporádicas que afirmam ter o direito produzido pouco mais do que consequências maléficas para a humanidade e que prefeririam vê-lo desaparecer completamente do cenário humano, a discussão precedente neste trabalho pode ter servido para recapitular alguns dos modos em que a ideia de defesa de um conceito de direito não-positivista provou ser um dos fatores mais expressivos para o desenvolvimento da sociedade de direitos.

A construção de um direito "sólido" e "racional" no atual contexto da humanidade é uma tarefa difícil, pois os sistemas conceituais a cuja sombra o homem tem interpretado o mundo e o lugar que nele ocupa a sociedade humana constituem uma característica essencial de sua cultura, e ajudam a diferenciá-lo dos animais inferiores. Com maior ou menor intensidade, os modos pacíficos como o homem pode ver o mundo e o lugar da sociedade humana nesse mundo, refletir-se-ão em todos os diferentes níveis conceituais. Porém, é necessário observar que o direito não é apenas aquilo que os Tribunais dizem que é, pois se isso fosse verdadeiro, a doutrina não teria sequer importância ou valor no mundo jurídico. Cumpre ademais ressaltar, que cada sociedade verá inevitavelmente suas leis, "justas" ou "injustas", tal qual como se verá a Deus, à sua própria imagem e semelhança. Todavia, mesmo dentro da mesma sociedade haverá um processo constante de fluxo e desenvolvimento, embora não necessariamente de acordo com a orientação do progresso social.

Observa-se a partir daí, que assim como uma sociedade muda, também a imagem que ela criou ou acalentou de sua estrutura jurídica tende a ser reformulada, embora geralmente em um ritmo mais lento. Contudo, verifica-se que a ideia de lei numa sociedade democrática tende a abrandar gradualmente um novo cenário de mudanças. Como já se fez referência neste trabalho, é preciso romper a imensa complexidade dos problemas e tentar formular e/ou elaborar a interpretação

detalhada dos valores fundamentais de uma sociedade democrática, suscetíveis de serem expressos em termos de normas jurídicas e que também se prestem a ser compulsoriamente cumpridos mediante o emprego de um método jurídico legal e regular.

Destarte, é nesse contexto de reflexões e embates que será efetivada uma tentativa harmoniosa de indicar sucintamente, à luz da análise precedente, uma solução para os problemas que o direito irá enfrentar para sobreviver num cenário de incertezas e transformações constantes. Aliás, é preciso pensar em uma proposta de superação da "injustiça extrema" em um ordenamento jurídico que possa fornecer as garantias essenciais de proteção aos direitos humanos e fundamentais, que são vitais para uma "vida adequada" num Estado de direito. Por certo, compreende-se, então, que a defesa de um conceito de direito não-positivista é a melhor saída para os casos de "injustiça extrema", pois apesar de fomentar a ideia regulativa de que o direito exige uma institucionalização da razão na maior medida possível, possibilita discursivamente a aplicação prática do direito.

Na realidade, quando se observa a aplicação da "lei justa" e da "lei injusta", alguns questionamentos devem ser referendados, tais como: é possível afirmar que faz parte da natureza do direito que suas normas sejam "justas"? Uma lei que institua a desigualdade é por definição "injusta"? Ora, não há nenhum Estado moderno que se pretenda fazer "leis injustas", e este é um problema que aqui não se pode considerar na totalidade de suas dimensões, pois é necessário pressupor que a "lei injusta" será toda norma positiva que não realiza ou não permita realizar concretamente a ideia de direito. Por isso, a (re)construção da ordem jurídica racional depende do respeito à concretização das normas e da proteção aos direitos humanos e fundamentais.

De certo modo, para se extirpar as "injustiças extremas" do ordenamento jurídico, é imprescindível a criação de um método jurídico racional que possa realizar um compromisso de possibilidades tendente a garantir a prática de um direito legítimo, que possa ter a sua produção, aplicação e análise de seus conceitos discutidos, testados, experimentados e socialmente compartilhados. Portanto, para se romper com a tradição do autoritarismo, da irracionalidade e da mera formalidade proposta pelo positivismo jurídico, cria-se a necessidade de uma interpretação construtivista do sistema jurídico, que deve se pautar pela busca da institucionalização de um conceito de direito que seja capaz de garantir legitimidade,

validez e segurança jurídica, além de cientificidade ao ensino e às práticas jurídicas.

No entanto, a ideia de lei não deve restringir-se a lidar com o problema técnico de fazer vigorar valores humanos através da maquinaria legal, mas deve ponderar sobre que meios podem ser criados com a finalidade de garantir que a corrente do pensamento jurídico não seque em seu manancial em decorrência de um controle monopolístico. Por outro lado, conforme afirma Frank Haldemann, os escritos do pós-guerra de Gustav Radbruch revelam seu intento de reconstruir "uma nova ordem de valores das ruínas do passado nazista" (HALDEMANN, 2005, p. 164). Na verdade, o nazismo deixou como legado um direito "reduzido a um campo de ruínas", pertencendo aos juristas a difícil missão de limpar os escombros dos locais destruídos e erguer neles a nova construção do direito.

Em todo o esforço por racionalidade, 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. Em contrapartida, o nazismo teria demonstrado que, ausente um elemento de validação jurídica material, o cúmulo da injustiça e o crime podiam muito bem assumir a forma jurídica. Tanto é assim, que Lon Füller explica o seguinte, no lugar de se dizer "isso é tão diabólico que não pode ser uma lei" (FÜLLER, 1958, p. 661), alguém poderia dizer "isto é produto de um sistema tão alheio à moralidade do direito que não é merecedor de ser chamado uma lei" (FÜLLER, 1958, p. 661), destacando que a moralidade jurídica não pode sobreviver, se é indiferente ao esforço em direção à justiça e à decência.

E isso corresponde ao fato de que, para Lon Füller, o positivismo jurídico baniu da ciência jurídica qualquer consideração a respeito dos fins morais do direito, sendo indiferente ao que o autor chama de "moralidade interna do direito" (FÜLLER, 1958, p. 651). Por sua vez, tal como ocorre em Robert Alexy, Lon Füller busca a associação deste conceito ao exemplo dado pelo nazismo. Na mesma linha de direção, Lon Füller encontra no nazismo razões suficientes para indicar que o sigilo de uma norma é uma das maiores "monstruosidades jurídicas possíveis" (FÜLLER, 1958, p. 651) ou, da forma como certamente seria considerada por Robert Alexy, é a representação de uma "extrema injustiça". Nesse sentido, ensina Lon Füller 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. (FÜLLER, 1969, p. 162).

.

Pode-se, então, observar que diante da composição do ordenamento jurídico nazista, os poderes dos órgãos Legislativo e Executivo ficaram concentrados nas mãos de Adolf Hitler e a Constituição Alemã perdeu qualquer efeito prático. A dimensão desta "supremacia" pode ser verificada pela leitura de um de seus discursos perante o *Reichstag*, em 26 de abril de 1942:

> TRIALS OF WAR CRIMINALS BEFORE THE UNDER THE NUERNBERG MILITARY TRIBUNALS
>
> 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 é 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. (HITLER, 1951, p. 50).

Como afirmado durante os julgamentos em Nuernberg "as leis criminais alemãs, mediante uma série de acréscimos, expansões e perversões [...] se tornaram uma arma poderosa para a subjugação do povo alemão e para o extermínio" (HITLER, 1951, 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" (HITLER, 1951, p. 20).

De qualquer maneira, descongelando dogmas e julgando em consonância com o civismo autêntico e conforme a razão, os escritos de Gustav Radbruch, publicados pela primeira vez em 1946, causaram grande impacto no mundo jurídico, em virtude, talvez, do tema debatido, que tem por base exemplos cruéis do direito nazista, ferida mais que aberta após o fim da Segunda Guerra Mundial, ou, ainda, por sua proposta, à época inovadora, de superação do positivismo, matriz jurídica predominante (para não dizer absoluta) naquele período histórico. A propósito, a força da lei da sentença errônea e a validade da "lei injusta" se assemelham a

paredes de tábuas, erguidas arbitrariamente por mãos humanas, mas que de alguma forma devem poder ser rompidas. Com efeito, as “injustiças extremas” debilitam o Estado de direito e patrocinam a inconsistência das instituições jurídicas. No entanto, segundo Gustav Radbruch, é possível afirmar que diante da experiência nazista, ou, do sofrimento da miséria jurídica assim experimentada, “deve-se retirar e retirará a renovação do direito suas melhores forças” (RADBRUCH, 2009, p. 23).

No que se refere à conclusão pela impossibilidade de se identificar o conteúdo flexível da “extrema injustiça”, Cynthia Pereira de Araújo explica que isso não é visto como uma alternativa fácil, isto é, recorrer ao consenso neste caso aparece como a melhor opção, diante da ausência de uma opção perfeitamente satisfatória:

> 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, consequentemente, 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. (ARAÚJO, 2015, p. 108).

Em todo caso, assiste razão Gustav Radbruch ao acentuar que a interpretação jurídica busca o sentido incorporado à norma jurídica mesma, pois é dever do intérprete compreender e interpretar as normas de maneira melhor e diferente daquela de seus autores, repensando o pensado encapsulado na norma jurídica, inclusive, nas suas infinitas possibilidades. Com efeito, é a negação da natureza jurídica que esta pode gerar em leis de conteúdo insuportavelmente injusto, terríveis perigos para a noção de “segurança jurídica”. Todavia, pontua claramente Gustav Radbruch (1980) sua esperança de que as arbitrariedades cometidas sejam um desvio jamais repetido pelo povo alemão, e alerta que é preciso prevenir o retorno das arbitrariedades através da superação fundamental do positivismo.

Na verdade, o direito tem como objetivo principal, sempre que possível, a realização da justiça, mas só que nem sempre é possível a efetivação do justo,

devido às contingências históricas que lhe tolhem a plenitude efetivadora, tanto axiológica como normativa. Por isso, a justiça geralmente cede quando confrontada de modo exclusivo com a segurança jurídica, ou seja, a ordem parece mais cara aos homens do que a justiça. Contudo, é preciso entender que a segurança jurídica cria condições de desenvolvimento para outra valoração jurídica (a paz social), que mesmo fazendo parte da ideia de direito para Gustav Radbruch, é uma espécie de valor agregado à estrutura jurídica, dado o caráter social do direito.

De fato, é preciso compreender que as consequências jurídicas observadas à luz da "injustiça extrema" necessitam de uma análise prospectiva. No entanto, para se combater o risco da consolidação das barbáries e das atrocidades, é necessário a construção urgente de um mundo novo, aliás, um "novo direito" que assegure a todos os seres humanos, sem embargo das múltiplas diferenças que os distinguem entre si, a busca pela felicidade.

Como exposto, inegavelmente, já é pacífico o entendimento neste trabalho de que não se pode eliminar um povo e sua cultura, a exemplo do nazismo e da ditadura militar no Brasil, simplesmente por sua origem, pela anti-democracia, pela supressão de direitos constitucionais, pela censura, pela perseguição massiva e pela repressão política. Deve-se verificar, porém, que diante das apropriações filosóficas do holocausto à "injustiça extrema", uma anatomia da memória em Gustav Radbruch pode ser revelada: é preciso combater a aplicação de "leis injustas", pois quanto maior uma "injustiça extrema", mais fácil é o seu reconhecimento. Sucede, porém, que:

> O direito exerce por si mesmo uma espécie de autoridade moral e não pode haver dúvidas de que as pressões persistentes das normas legais, ainda que inadequadamente respeitadas, ou mesmo ostensiva e deliberadamente sofismadas, podem servir, apesar de tudo, como fermento vital na criação gradual de um clima de opinião em que podem ser realizados importantes avanços na implementação de valores democráticos. (LLOYD, 1998, p. 422).

Na complexa tessitura do direito, a qual tende a colocar os órgãos vitais de expressão e opinião pública nas mãos de um punhado de indivíduos ou das próprias autoridades públicas, existe a necessidade constante de assegurar que a essência dos valores democráticos não seja corroída em suas próprias raízes. Entretanto, é preciso fazer frente a qualquer eventualidade de retorno do "Estado de não-direito", superando fundamentalmente o positivismo jurídico, que eliminou todas as defesas

para poder combater o abuso da legislação sem legitimidade.

Por isso, através da defesa de um conceito de direito não-positivista será possível almejar o bem supremo a toda sociedade, não se esquecendo que para isso, a segurança jurídica deve ser entendida como um elemento essencial do Estado de direito, que é parte das opções básicas da lei fundamental que almejam cumprir os autênticos postulados da justiça. Todavia, se uma norma negar, falsear ou descurar em medida inadmissível a função de garantia da paz imanente ao direito, poderá, mesmo que sob a forma de norma originária, ser nula.

Assim, não se pode desconhecer que a concepção de que “leis que não são direito” representa um perigo para a segurança jurídica. Para tanto, pensar no futuro é pensar na ideia de sobrevivência da lei e no progresso do Estado, sendo relevante afirmar que na esfera dos direitos humanos e fundamentais, o reconhecimento desses direitos a todas as nações é prioritário, devendo-se criar algum tipo de instrumento legal por meio do qual indivíduos possam procurar proteção no caso de “injustiças extremas” cometidas contra eles por algum motivo. Não obstante, explica Denis Lloyd que:

> Ainda um outro aspecto dos direitos humanos é o reconhecimento não só de crimes contra indivíduos, mas contra a humanidade em geral, por medidas de destruição racial, como os que foram perpetrados pelos nazistas durante a II Guerra Mundial e que passaram a ser descritos como “genocídio”. Os julgamentos de Nuremberg, após a última guerra, contra os criminosos de guerra nazistas, mostraram a necessidade de alguma forma de direito criminal internacional associado a um mecanismo judicial adequado e a um modo de punição e imposição da lei que impedisse esses culpados de crimes em escala maciça de escapar do braço do castigo legal em virtude da pura enormidade de suas ações criminosas. (LLOYD, 1998, p. 434-435).

Cumpre admitir, porém, que a segurança jurídica permite justificar a força da lei, sendo indispensável à cultura humana, pois vale para a justiça aquilo que vale para a verdade, ou seja, o oportuno não é por si verdadeiro, mas a verdade é eminentemente oportuna. Veja-se, então, que as tensões do mundo atual deixam claro que, se é importante que a civilização sobreviva, exigências ainda maiores serão provavelmente feitas ao conceito fundamental de lei. Por essa razão, uma abordagem criativa da ideia de lei no cotidiano parece mais imperativa do que em qualquer época passada. Desse modo, é o que ensina Gustav Radbruch, “o direito não pode realizar uma regulação parcial sem que, pela escolha da parte a ser

regulada nas relações humanas, não tome também uma posição quanto às partes não reguladas" (RADBRUCH, 2010, p. 283).

Antes de mais nada, aquele que luta pelo direito caracteriza-se por ser uma mescla peculiar de intelectualismo, no qual só pode preencher o pensamento abstrato da justiça com o fogo ativo da vida individual. Por isso, o sentimento jurídico exige um "espírito ágil" capaz de saltar do particular para o geral e do geral para o particular. Nesse sentido, a força da lei de uma sentença irreparável consagra um sentimento jurídico exposto a exageros e, desse modo, à enfermidade. Todavia, não só no sentido de uma intensidade excessiva o sentimento jurídico é capaz de se degenerar com facilidade, mas também no sentido de contaminação. No entanto, é por isso que Gustav Radbruch revela que "o direito está em equilíbrio instável, sempre ameaçado e continuamente em meio a triantes e tensões polares" (RADBRUCH, 2010, p. 155). Por sua vez, complementa ainda o jusfilósofo:

> A justiça que não seja suavizada continuamente pelo amor conduz à injustiça, do mesmo modo que o perdão significaria debilidade insustentável se, por seu lado, não fosse continuamente combatido pela justiça. A justiça sem amor se endurece em autojustiça, na qual, cedo ou tarde, as forças vitais reprimidas se vingam terrivelmente. [...] Tanto a segurança quanto a justiça ocultam em si perigos ulteriores que lhes são comuns, pois ambas exigem que o homem e a vida sejam medidos por conceitos. [...] A vida e o homem não se compõem de atos singulares, do mesmo modo que o mar não é composto por ondas singulares. São totalidades, e os seus atos singulares são movimentos de um todo indivisível, que se interpenetram. (RADBRUCH, 2010, p. 146-147).

Em face disso, se ninguém é capaz de fixar o que é justo, alguém deve ser capaz de estabelecer o que é direito[117]. Na verdade, diante das considerações sobre a segurança jurídica, o problema da vigência da ideia do direito cruza-se com o da vigência jurídica. Inclusive, é por isso que a ciência do direito concebe, pois, com necessidade metodológica, o conteúdo do direito como algo vigente[118]. À conta

[117] Estabelecer o que *deve ser de direito*, e não o que e *justo*, seria em si mesmo uma contradição. A faculdade de estabelecer o direito do detentor de poder pode, certamente, produzir uma determinada opinião jurídica como fundamento da ordenação jurídica, mas não como se fosse uma verdade jurídica universal, e há de colocar um fim à luta de poderes mas não à luta das opiniões jurídicas. Contrariamente, o mesmo relativismo, que recorre à força para uma decisão sobre a vigência das opiniões jurídicas, exige que esta mesma força deixe o campo livre à luta de opiniões das opiniões jurídicas - legalidade da conduta, mas também liberdade de crítica e de propaganda. Desse modo, com toda a razão, Gutermann complementa as exposições deste livro em *Arch. f. Soz. Wiss. u. Soz. Pol.*, vol. 41, p. 508 (RADBRUCH, 2010, p. 122).

[118] A filosofia do direito não pode fundamentar por si mesma o pensamento do *dever jurídico*. Ela concebe o direito em forma normativa apenas como padrão, mas imperativo só em sua estrutura puramente fática. O juridicamente proibido transforma-se em dever somente ao ser elevado a dever

disso, delineou-se no presente trabalho, o caminho para se alcançar verdadeiramente a determinação conceitual do direito, e nesse sentido, chegou-se à conclusão de que a própria determinação conceitual do direito deve voltar-se para o caminho da (re)construção de uma ordem jurídica, pautada em fundamentos juridicamente racionais, onde a institucionalização da razão na maior medida possível, deverá possibilitar a aplicação prática do direito, viabilizando a vivência de valores humanos e universais livremente.

Vale lembrar, porém, que essa determinação conceitual não foi obtida indutivamente a partir das manifestações jurídicas individuais, mas derivou-se dedutivamente da ideia de direito. Todavia, não é de natureza jurídica, mas pré-jurídica, isto é, de caráter apriorístico em relação à ciência do direito. Sendo assim, é preciso dizer que o conceito de direito não é um conceito usual, um conceito casual, mas um conceito universal e necessário. Inclusive, o direito não o é porque os fenômenos jurídicos individuais permitem ser por ele regulados, mas, inversamente, os fenômenos jurídicos são apenas "jurídicos" porque o conceito de direito os contém. Ademais, explica Gustav Radbruch o seguinte:

> O conceito de direito contém, no entanto, uma série de conceitos de direito individuais que com ele compartilham de sua natureza *a priori*[119], que têm a propriedade de ser, não resultados, mas instrumentos da ciência jurídica, não generalizações casuais de fenômenos jurídicos empíricos, mas categorias indispensáveis do pensamento jurídico. [...] Da validade do direito para a convivência entre os homens, para as relações de uns com os outros, resulta que seu conteúdo precisa ser o de fundar *relações jurídicas*, e, como seus elementos constitutivos, *deveres jurídicos* e direitos subjetivos; não é possível pensar em uma ordem jurídica que não se deixe decompor em relações jurídicas, em direitos e deveres. E, por sua vez, não é possível pensar em direitos e deveres sem sujeitos a quem pertencem, sem objetos a que se referem; *sujeito de direito* e *objeto de direito* não são conceitos utilizados por uma ordem jurídica, e dos quais uma outra prescinda, mão são conceitos necessários para todo direito que se possa pensar. (RADBRUCH, 2010, p. 54-55).

---

moral, quer dizer, no âmbito da *Ética*. O dever jurídico está, pois, fundamentado como dever moral, mas não como dever jurídico verdadeiro. Deveres jurídicos autênticos existem tão-somente para a Jurisprudência. Ela tem por objeto o conteúdo de sentido do imperativo jurídico; este conteúdo de sentido, desprendido do fato do querer, que o sustenta, só pode ser apreendido como um dever ser fundamentado no dever - mas somente naquele sentido limitado (RADBRUCH, 2010, p. 116).

[119] A respeito de conceitos de direito universais semelhantes ("funções lógicas de nossa mentalidade jurídica"), compare-se Emilio Betti, *Methode und Wert des heutigen Studiums des römischen Rechts* (Método e valor do estudo contemporâneo do direito romano). In: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedeniss* XV, caderno 2; do mesmo modo *Poetsch, Vom Beruf des römischen Rechts in der heutigen Univesität* (Da vocação do direito romano na universidade contemporânea), 1920, p. 44 (RADBRUCH, 2010, p. 54).

Constata-se, pois, que o conceito de direito cumpre-se, portanto, na ideia de direito. Aliás, como ensina Johann Wolfgang von Goethe, “quem tem medo da ideia, ao fim tampouco terá o conceito” (RADBRUCH, 2010, p. 46). Desse modo, o ímpeto do conhecimento humano sempre empreenderá novas tentativas de romper com as ideologias fragilizantes que atestam “ser direito” aquilo que “não é direito”. De maneira pedagógica, “o fato é que todo sistema de direito pratica em diversos graus a divisão, a dominação e a opressão” (CAIXEITA, 2014, p. 16). Contudo, as pessoas que se acomodam com essa situação por motivo de coação, ou é porque preferem uma injustiça a uma desordem (ao passo que a injustiça é uma desordem), ou é porque os séculos de filosofia do direito convenceram os doutrinadores de que era imperioso que assim o fosse.

Convém observar também, que a maneira de considerar a justiça como um valor, e o valor como termo de um discurso de tipo ideológico, impõem o dever de esclarecer em que medida e de que forma a razão opera na determinação e na escolha dos seus conteúdos. De todo o modo, o problema da justiça nada mais é do que o problema do valor jurídico (do seu fundamento e dos seus conteúdos). Todavia, o homem caminha em busca de uma teoria que lhe proporcione uma proteção ainda maior, pois, não se fala de um Estado, ou de uma sociedade apenas, mas de uma solução de compromisso para ambos.

Entretanto, em termos de direito, percebe-se que a natureza humana cria, reiteradamente, situações onde a sua condição como ser pensante superior é colocada em cheque. Porém, vale lembrar que a evolução do pensamento humano não parece possuir um avanço histórico uniforme, pois sua gradativa evolução se dá por progressos e/ou retrocessos. Hoje, a bem da verdade, são vislumbradas diversas ocorrências benignas para a humanidade graças à desconstrução histórica do próprio direito. Nesse aspecto, a lei tem se mostrado como um conjunto de instruções ou de restrições para as pessoas, grupos e instituições que buscam objetivos, compartidos ou divergentes.

Assim, quanto mais o direito e o sistema de justiça se transformam em órgãos de integração social, gerando subordinação recíproca e opondo-se à alteração das regras, mais grave e generalizado tende a ser o impacto das perturbações e dos deslocamentos de interesses que as mudanças costumam trazer em seu âmago. Desse modo, a proposta de superação das “injustiças extremas” deve partir não apenas do sujeito de direito, mas principalmente do Estado, que como órgão

regulador, deve garantir a todos o pleno exercício aos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança jurídica, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Por derradeiro, é inconcebível a forma de Estado traçada por Adolf Hitler no regime nazista por diversos motivos. Nesse sentido, sua finalidade principal era a conservação dos primitivos elementos raciais que, por seu poder de disseminar a cultura, representariam a beleza e a dignidade de uma humanidade mais elevada. Entretanto, o Estado alemão fomentado deveria reunir todos os alemães com o objetivo não só de selecionar os melhores elementos raciais e conservá-los, mas também elevá-los a uma posição de domínio. Pois bem, para explicar a concepção do Estado-Maior criado por Adolf Hitler, na obra "*Mein Kampf*" (Minha Luta), extrai-se o seguinte:

> O Estado tem que cuidar da ordem e da tranquilidade e, inversamente, essa ordem e tranquilidade deve facilitar a existência do Estado. A vida Toda tem que se circunscrever entre esses dois polos.
>
> [...]
>
> O Estado deve ter como seu mais alto objetivo a conservação e aperfeiçoamento da raça, base de todos os progressos culturais da humanidade.
>
> [...]
>
> O grande princípio que nunca deveremos perder de vista é que o Estado é um meio e não um fim. É a base sobre que deve repousar uma mais elevada cultura humana, mas não é a causa da mesma. Essa cultura depende da existência de uma raça superior, de capacidade civilizadora. Poderia haver centenas de Estados modelos no mundo e isso não impediria que, com o desaparecimento dos arianos, formadores de cultura, desaparecesse a civilização no nível em que se encontra atualmente nas nações mais adiantadas. Podemos avançar mais um pouco e proclamar que o fato dos indivíduos se organizarem em Estados, de nenhum modo afastaria a possibilidade do desaparecimento da raça humana, desde que uma capacidade intelectual superior e um grande poder de adaptação se perdessem por falta de uma raça para conservá-las.
>
> [...]
>
> O Estado é um meio para um fim. Sua finalidade consiste na conservação e no progresso de uma coletividade sob o ponto de vista físico e espiritual. Essa conservação abraça em primeiro lugar tudo o que diz respeito à defesa da raça, permitindo, por esse meio, a expansão de todas as forças latentes da mesma. Pela utilização dessas forças, promover-se-á a defesa da vida física e, por outro - lado, o desenvolvimento intelectual. Na realidade, os dois estão sempre em função um do outro. Estados que não atendem a esse objetivo são criações artificiais, simples mostrengos. O fato de semelhante Estado existir em nada altera essa verdade, assim como o êxito de uma associação de piratas não justifica o saque.

> [...]
>
> O Estado nacionalista racista tem que cuidar do bem-estar dos seus cidadãos, em tudo em que reconhecer o valor da personalidade, e, assim, introduzir, em todos os campos de atividade, aquela produtiva capacidade de direção que só ao indivíduo é concedida. (HITLER, 1939).

De todo o modo, jamais deve ser permitido, como obra humana, a criação de um direito que afaste do seu conteúdo os valores humanos essenciais. Sob tal condição, o conceito de direito só pode ser determinado como a realidade de que procura alcançar a ideia do direito. Assim, o direito pode ser injusto, mas só é direito por ter o sentido de ser justo, pois é obra humana, e como tal, só deve ser compreendido a partir da sua ideia. Contudo, o racionalismo defendido neste trabalho, certamente não crê que a divisão matemática do mundo pela razão seja exata, absoluta, mas vê sua tarefa na descoberta racional das contradições últimas, e não na camuflagem de sua irracionalidade. Por isso, a questão da primazia do direito defendida em todo o trabalho observa que o emprego de um conceito de direito não-positivista é útil para preservar os direitos fundamentais do cidadão.

Todavia, é preciso insistir sobre a importância de Gustav Radbruch para este trabalho, principalmente porque a “injustiça extrema” consiste em violações a direitos humanos em graus de insuportabilidade. Assim, se os direitos humanos existem, eles podem ser amplamente violados, ao passo que, dependendo do grau de lesão (maior ou menor gravidade), a lesão a estes bens jurídicos poderá ser extrema e constituirá o limiar da “injustiça extrema”. Observa-se, contudo, que a possibilidade de fundamentação da afirmação de que se o direito humano foi violado constitui ”injustiça extrema”, pressupõe que seja possível fundamentar uma violação a este direito humano, pois se este não pudesse ser fundamentado racionalmente, uma violação extrema a eles também não poderia ser.

No entanto, vale lembrar que o mundo jurídico é um domínio privilegiado, pois enquanto os positivistas temem a normatividade a ponto de acreditar ser possível desdenhá-la e edificar sistemas jurídicos axiologicamente neutros, os não-positivistas defendem a solução para o legado deixado pelo positivismo jurídico, que não resolveu o problema da determinação do direito no caso concreto, bem como o que envolve o poder discricionário do julgador.

Diante do que foi até aqui exposto, é possível sugerir um conteúdo para a “extrema injustiça”, iniciando-se pela seguinte máxima: “o direito pelo qual me

submeto não pode jamais pretender me eliminar". Pois bem, a máxima inicialmente proposta, alicerçada conjuntamente com a defesa de um conceito de direito não-positivista, tem o escopo de garantir que os próprios seres humanos aos quais serve o direito não sejam por este eliminados. Assim, o direito existe e só se justifica se permitir a sobrevivência e, por isso, a convivência entre os seres humanos. Tudo isso explica a finalidade da advertência de Gustav Radbruch em "*Erneuerung des Rechts*[120]", em 1946: "precisamos voltar a refletir sobre os direitos do homem, que estão acima de todas as leis [...]" (RADBRUCH, 1999, p. X).

[120] Traduzindo-se a expressão alemã "*Erneuerung des Rechts, 1946*" para o português, significa: "Renovação das leis, 1946" (KEMPCKE, 2011).

7 CONCLUSÃO

Diante de todas as considerações abordadas, emblematicamente, o presente trabalho procurou trazer para o mundo do direito o desenvolvimento de uma "metodologia adequada" e não a "metodologia correta", porque pode haver diversas metodologias jurídicas "corretas", as quais naturalmente se contactam e entrecruzam sob múltiplos aspectos. Nesse sentido, ao se analisar o reflexo da aplicação da "lei injusta" na sociedade, compreende-se que a preocupação maior de Gustav Radbruch passa a ser a tentativa de extrair indutivamente o conceito de direito das manifestações jurídicas individuais, e não há dúvida que, em princípio, é possível alcançar o conceito geral mediante a comparação das manifestações jurídicas individuais.

Porém, é importante observar que mesmo através da "mera" aplicação do direito, a lei desenvolve-se para se manter lei. Assim, os diferentes modos de determinação do direito, na verdade, não se distinguem qualitativamente, mas sim pelo grau de extensão da lei. Nesse aspecto, a lei não pode e não deve ser formulada univocamente, pois é criada para casos cuja variedade é infinita. Porém, veja-se que uma lei fechada em si, acabada e sem lacunas (na medida em que tal fosse possível) levaria a paralisação do desenvolvimento do direito. Na realidade, os conceitos legais não se desenvolvem apenas mediante meras abstrações factuais, mas são formulados mediante conceitos-tipo, conceitos ordenadores, em que não se verifica um tudo ou nada, mas sim um mais ou menos.

Evidentemente, um dos problemas cardeais no direito é sempre a escolha de um método. Por isso, se com base no que foi dito se chegar à conclusão de que o legislador se deve abster, tanto quanto possível, de conceitos fortemente normativos e indeterminados, especialmente cláusulas gerais, então isso é um princípio correto, que não deve, contudo, conduzir ao erro de pensar que os conceitos normativos se podem evitar totalmente. Como já foi explorado neste trabalho, o direito tem de regular, tem de encontrar uma ordem de dever, o que não é possível com conceitos puramente empíricos.

Por outro lado, é interessante ver a forma como Gustav Radbruch discute esta questão, muito embora ele pense que um "espaço vazio de direito" apenas é "vazio de direito" graças à própria vontade da ordem jurídica, não "vazio de direito" no sentido estrito de algo não regulado juridicamente, mas de um âmbito factual

juridicamente regulado de forma negativa através da negação de qualquer consequência jurídica. Com ênfase, é preciso salientar que o ideal para Gustav Radbruch seria o “espaço livre de valoração jurídica”, pois “livres de direito” são formas de comportamento juridicamente relevantes e também juridicamente reguladas, a maioria das vezes trata-se de estados de necessidade ou de situações de urgência análogas, relativamente às quais a ordem jurídica abdica por determinados motivos.

Todavia, como é possível perceber neste trabalho, as regras de convivência social não são transmitidas ao cidadão através da lei, ele apreende-as quotidianamente e na convivência ativa (interação com o outro). Contudo, o processo de determinação do direito tem de ser posto em correspondência, ser equiparado, ser assimilado, pois a ideia de direito pressupõe a abertura das situações da vida, sendo materializadas e concretizadas. Por seu turno, tais situações da vida devem ser configuradas e idealizadas normativo-conceitualmente, isto é, construídas racionalmente. Inclusive, o desenvolvimento da lei é um processo de equiparação entre a ideia de direito e as possíveis futuras situações da vida, onde a determinação do direito é um processo de equiparação entre a norma legal e a situação de fato real.

Acentua-se, sobremaneira, que o processo de realização do direito tem um constante fechar, abrir e voltar e fechar dos conceitos legais. Mas é fundamentalmente através da formulação teórica de Gustav Radbruch que “o direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça”. Como bem sinalizado neste trabalho, para o jusfilósofo, o conceito de direito não é um conceito usual, casual, mas universal e necessário; e o direito não o é porque os fenômenos jurídicos individuais permitem ser por ele regulados, mas, inversamente, os fenômenos jurídicos somente são considerados “jurídicos” porque o conceito de direito os contém. Sucede, porém, que o conceito de direito só se desdobra por completo em sua aprioridade posteriormente, na profusão dos fatos jurídicos, e por isso a enumeração exaustiva desses desenvolvimentos é tão impossível de ser feita quanto à dos fatos a que se há de aplicar o conceito de direito.

Todavia, diante do que foi exposto neste trabalho, é necessário compreender que a filosofia do direito não deve proporcionar decisões, mas sim situar-se diante da decisão. Além disso, ela não deve tornar a vida fácil, mas exatamente problematizá-la, no entanto, este foi o objetivo central da proposta aqui apresentada:

a fundamentação do direito em Gustav Radbruch e a defesa de um conceito de direito não-positivista. Nesse sentido, chegou-se à conclusão que a questão da obediência à lei não se resolve pela força, como afirma a tradição. Além disso, a pergunta essencial não é por que obedecer à “lei injusta”, mas porque se apoia na “lei injusta”, obedecendo-a. Tudo isto significa, a rigor, que a positividade no direito contenta-se com a validade formal das normas jurídicas, quando todo o problema situa-se numa esfera mais profunda, correspondente ao valor ético do direito.

Em síntese, apesar de todos os esforços em torno do pensamento jurídico dotado de conteúdo, torna-se difícil para a atual geração de juristas a compreensão do “direito” como algo diverso da lei. Por isso, adverte Gustav Radbruch que uma norma que contrarie a ideia de direito, isto é, a justiça, de forma insuportável é uma “lei injusta”, e uma norma que não tenha qualquer pretensão de justiça é um “não-direito”. Porém, é digno de nota observar, que como resultado do que foi dito, os principais elementos do conceito de direito para o jusfilósofo são: a igualdade (justiça), a ideia-fim (finalidade) e a segurança jurídica (eficiência). Partindo desta análise na teoria radbruchiana, é preciso finalmente estabelecer que o direito deve dirigir as suas exigências a todos, incluindo também aqueles que não estão em condições de cumprir os deveres morais mais exigentes, o que significa que o direito apenas pode referir àquelas situações em que se possa exigir, da forma mais aproximada possível, o mesmo a todos os seres humanos.

Por fim, não está em causa no direito um complexo global dos valores morais, mas apenas um único: a justiça. E ela não representa o valor fundamental supremo, mas apenas o mais básico e, por isso mesmo, também o mais elementar e significativo para a vida humana em sociedade. Contudo, aquilo que em nome do direito, pode e deve ser exigido a todos são apenas certos comportamentos morais elementares exigidos pela manutenção das condições mais essenciais à vida humana comunitária. Entretanto, se o homem só pode desenvolver suas potencialidades racionais e éticas através da vida em sociedade, é inegável que a sua realização plena dependa da construção democrática e da observância de normas de comportamento, sem as quais a vida em sociedade não seria possível. Afinal, qualquer ação humana de edificação deve-se tornar um consciente e simultâneo ato de autodeterminação, pois, caso contrário, o mecanismo da guerra civil estaria sempre engatilhado contra qualquer possibilidade de forma estável de vida social.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e retórica:** para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009, 1 v.

ADORNO, Theodor Ludwig Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento.** Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** São Paulo: Boitempo, 2004.

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugênio. **Análisis lógico y derecho.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALDAY, Rafael Escudero. **Positivismo y moral interna del derecho.** Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000.

ALEXY, Robert. **Recht und Moral.** Festschrift f. Günther Patzig, 1971.

ALEXY, Robert. Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation. In: **Rechtstheorie**, Beiheft 2, 1981.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 1985.

ALEXY, Robert. **Zur Kritik des Rechtspositivismus**. Beiheft 37, 1990.

ALEXY, Robert. Die Institutionalisierung der Menschenrechte in demokratischen Verfassungsstaat. In: **Philosophie der Menschenrechte**, GOSEPATH, Stefan; LOHMANN, George (orgs.), Frankfurt, 1998.

ALEXY, Robert. A defense of Radbruch's Formula. In: **Recrafting the Rule of Law:** The Limits of Legal Order. Oxford: Hart Publishing, 1999.

ALEXY, Robert. **The Argument from Injustice:** a reply to legal Positivism. Oxford: Clarendon. 2002.

ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho.** Barcelona: Gedisa, 2004a.

ALEXY, Robert. **La decision del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín.** Buenos Aires: La Ley, 2004b.

ALEXY, Robert. **Una defensa de la fórmula de Radbruch.** Buenos Aires: La Ley, 2004c.

ALEXY, Robert. **On the concept and the nature of law.** v. 1, n. 3, Oxford: Ratio Juris, 2008.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito.** São Paulo: Editora WMF Martins

Fontes, 2009a.

ALEXY, Robert. Ideales Sollen. In: **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation**, CLÉRICO, L.; SIECKMAN, J-R. (orgs.), Baden-Baden, 2009b.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Law, morality, and the existence of human rights.** Ratio Juris. v. 25, n. 1, march, 2012.

ALEXY, Robert. O conceito kelseniano de "dever ser". In: **Hans Kelsen Teoria Jurídica e Política**, OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. (orgs.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

ALEXY, Robert. **O conceito e a natureza do direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2014a.

ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito.** TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes, SALIBA, Aziz Tuffi, LOPES, Mônica Sette (orgs.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014b.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Organização, introdução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014c.

ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**, 2015. Disponível em: <http://biblio tecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8041/6835>. Acesso em: 03 jan. 2015.

AMADO, Juan Antônio García. Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy. **Revista Brasileira de Estudos Políticos.** Belo Horizonte/MG, n. 104, p. 53-127, jan./jun. 2012.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica.** Porto Alegre: Sulina, 1980.

ARAÚJO, Cynthia Pereira de. **O papel do Nazismo na definição do não-positivismo jurídico.** Curitiba: Juruá, 2015.

ARENDT, Hannah. **Between Past and Future:** six exercises in Political Thought. New York: The Viking Press, 1961.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo:** anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARENDT, Hannah. **A dignidade da política.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém:** um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Cia da Letras, 1999.

ARENDT, Hannah. **A vida do espírito.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução.** Lisboa: Relógio D'água, 2001.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho.** Barcelona: Ariel, 2004.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BACON, Francis. **The Works of Francis Bacon, Baron of Verulam, Viscount St. Alban, and Lord High Chancellor of England.** New Edition. In Ten Volumes. London, 1826, 7 v.

BAHIA, Charles Nunes. Positivismo jurídico e nazismo**:** a superação do mito. **Revista Âmbito Jurídico**, v. 8, n. 137, jun. 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_ leitura&artigo_id=13626>. Acesso em: 27 jan. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo. In: **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**, TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes, SALIBA, Aziz Tuffi, LOPES, Mônica Sette (orgs.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BENTIVOGLIO, Julio. Cultura política e historiografia alemã no século XIX: a escola histórica Prussiana e a historische Zeitschrift. **Revista de Teoria da História**, ano 1, n. 3, jun., 2010. Disponível em: <http://revistadeteoria.historia.ufg.br/uploads/ 114/original_artigo%202__bentivoglio.pdf?1325259083>. Acesso em: 15 dez. 2013.

BERGSON, Henry. **The Two Sources of Morality and Religion.** Tradução de Ashley Audra e Cloudesley Brereton, com a assistência de W. Horsfall Carter (Originalmente publicado em francês em 1932). Londres: Macmillan, 1935.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico:** lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico:** lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999a.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Brasília: Universidade de Brasília, 1999b.

BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho.** Tradução de Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 1999c.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política:** a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campos, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz.** São Paulo: UNESP, 2003.

BÖCKENFÖRDEL, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia.** Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Valencia: Trotta, 2000.

BONNARD, Roger**. Le droit et l´État dans la doctrine national-socialiste.** Paris: LGDJ, 1989.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais.** São Paulo: RT, 2005.

BOURDIEU, Pierre. **Distinction:** a social critique of the judgement of taste. Londres: Routledge and Kegan Paul, 1979.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. **Lei de Anistia (2015).** Lei nº 6.683/1979. Disponível em: <http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/leis/L6683compilada.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF).** Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Arguente: Ordem dos Advogados do Brasil. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Eros Grau. 29 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID =612960>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BUCHWALD, Friedrich. **Gerechtes Recht.** Weimar, 1946.

CAIXETA, Francisco Carlos Távora de Albuquerque. **O Direito Nazista.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26200-26202-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2014

CÂMARA, Edna Torres Felício. **Robert Alexy e o argumento de injustiça:** teoria, aplicação e debate. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br: 8080/dspace/bitstream/handle/1884/30666/R%20-%20D%20-%20EDNA%20TO RRES%20FELICIO%20CAMARA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 fev. 2015.

CAMPOS, Wallace. **Kelsen e o Estado Nazista de Direito.** Disponível em: <http://texturaaberta.blogspot.com.br/2008/06/kelsen-e-o-estado-nazista.html>. Acesso em: 21 out. 2014

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1999a.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito.** Lisboa: Gradiva, 1999b.
CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito.** São Paulo: LEJUS, 1999.

CARVALHO, Olavo de. **Justiça social e injustiça pessoal.** Diário do Comércio. Publicação em 18 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.olavode carvalho.org/semana/060918dc.html>. Acesso em: 17 jun. 2015.

CASSIRER, Ernst. **O mito do Estado.** Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa:** le fonti e il pensiero giuridico. Milano: Giuffré, 1982.

CHEVALLIER, Jacques**. L´État de droit.** Paris: Montchrestien, 2003.

COELHO, André Felipe Canuto. **Kelsen e o Totalitarismo.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7116/kelsen-e-o-totalitarismo>. Acesso em: 15 fev. 2014.

COING, Helmut. **Grundzüge der Rechtsphilosophie.** Berlim: Nova Iorque, 1976.

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

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. Estado de exceção e ideologia juspositivista: do culto do absoluto ao formalismo como garantia do relativismo ético. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.** Ano 2009, nº 54. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

DAVIES, Kingsley. **Human Society.** Nova York: Macmillan, 1965.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito.** Coimbra: Armênio Amado, 1979.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do direto na obra de Hans Kelsen.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito.** Virtuajus. Ano 2, nº 1, 2003. Belo Horizonte: PUC Minas, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico:** introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. A validade do direito na perspectiva juspositivista: reflexões em torno de Hans Kelsen. In: **Hans Kelsen Teoria Jurídica**

e Política, OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. (orgs.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

DOMARUS, Max. **Hitler:** Reden und Proklamationen 1932-1945. West Germany: Würzburg, 1998.

DREIER, Ralf. **Der Begriff des Rechts.** Frankfurt: Neue Juristische Wochenschrift, 1986.

DREIER, Ralf. Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus? In: **Rechtstheorie**. Frankfurt, 1987.

DREIER, Ralf. **Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts.** Vorträge der Tagung der deustschen Sektion der internationalen Vereinigung f. Rechts und Sozialphilosophie (IVR) in der Bundesrepublik Deutschland, Göttingen, 12-14. Oktober, 1988. Stuttgart: Franz Steiner, 1990.

DREIER, Ralf. Der Begriff des Rechts. In: **Rechts - Staat - Vernunft.** Frankfurt/M., 1991.

DROBISCH, Klaus; WIELAND, Günther. **System der NS-Konzentrationslager 1933-1939.** Berlim: Akademie, 1993.

DUBBER, Markus Dirk. **The police power:** patriarchy and the foundations of American government. New York: Columbia University Press, 2005.

DUGUIT, Léon. **Manuel de Droit Constitutionnel.** Paris: Thorin et Fontemoing, 1923.

DURKHEIM, Émile. **Les Règles de la Méthode Sociologique.** Paris: Presses Universitaires de France, 1967.

DÜRRENMATT, Friedrich. **Gesammelte Werke in sieben bänden.** Zürich: Diogenes, 1996, 7 v.

DUSSEL, Enrique. **Para uma Ética da Libertação Latino-Americana.** Eticidade e Moral. São Paulo: Loyola, 1977.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELIAS, Norbert. **Zum Begriff des Alltags.** HAMMERICH, Kurt; KLEIN, Michael (orgs.), Materialen zur Soziologie des Alltags, Colônia: Westdeutscher Verlag, 1978.

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

ELLSCHIED, Günter. O problema do direito natural: uma orientação sistemática. In: **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporáneas**, KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). Tradução de Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

FASSÒ, Guido. **Histoire de la philosophie du droit.** Prólogo de Michael Villey: Libairie générale de droit et de jurisprudence, 1977.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo; DAVID, Raphaela Borges. **Hermenêutica constitucional norte-americana:** reflexões sobre a Critical Legal Studies, a Law and Economics e a teoria da integridade. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=848c4965359e617d>. Acesso em: 15 jan. 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito:** uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI:** o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

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

FIGUEROA, Alfonso García. **Principios y positivismo jurídico.** El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

FILHO, José Carlos Moreira da Silva. Tanatos e o STF: O julgamento da ADPF 153. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 7, jul. 2010.

FILHO, Roberto Lyra. **Por que Estudar Direito, hoje?** Brasília: UNB, 1993.

FINNIS, John Mitchell. **Lei Natural e Direitos Naturais.** São Leopoldo: Unisinos, 2006.

FONTOURA, João Fábio Silva da. **Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante.** Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009.

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

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização.** Rio de Janeiro: Standard Brasileira das Obras Completas, 1974, 21 v.

FRIEDMANN, Wolfgang. **Legal Theory.** London: Stevens, 1967.

FRIEDRICH, Carl Joachim. **Constitutional Government and Democracy.** Boston: Ginn, 1950.

FULBROOK, Mary. **História concisa da Alemanha.** Tradução de Bárbara Duarte. São Paulo: EDIPRO, 2012.

FÜLLER, Lon L. **Positivism fidelity to law:** a reply to Professor Hart. Harvard Law Review, v. 76, n. 4, p. 630-672, fev., 1958.

FÜLLER, Lon L. **The Morality of Law.** New Haven: Yale University Press, 1969.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado:** uma análise das estruturas simbólicas do poder político. São Paulo: Manole, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode:** Hermeneutik I. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Gesammelte Werke. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1990a.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode:** Hermeneutik II. Ergänzungen. Gesammelte Werke. Tübingen: J. C..B. Mohr, 1990b.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica.** Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos**. Igualdade e diferença:** Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GEARY, Dick. **Hitler e o Nazismo.** Tradução de Alexandre Kappam. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

GIERKE, Otto Friedrich von. **Das Wesen der menschlichen Verbände.** Berlin: Universität Königlichen Friedrich Wilhelms, 1902.

GOLDENSOHN, Leon. **As Entrevistas de Nuremberg.** São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GOLDHAGEN, Daniel Jonah. **Os carrascos voluntários de Hitler:** o povo alemão e o holocausto. Tradução de Luís Sérgio Roizman. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito**: Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GOTHEIN, Eberhard. **Die Aufgaben der Kulturgeschichte**. Leipzig: Duncker & Humblot, 1889.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica.** São Paulo:

Martins Fontes, 2007.

GROPALLI, Alexandre. **Doutrina do Estado.** São Paulo: Saraiva, 1962.

GUBERT, Roberta Magalhães. **Mauerschützen (o caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy:** aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/mauerschutzen.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2014.

GÜNTHER, Klaus. **Der strafrechtliche Schuldbegriff als Gegenstand einer Politik der Erinnerung in der Demokratie.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio.** Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

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

HALLER, Herbert. **Staat und Recht.** Festschrift für Günther Winkler. Wien: New York, 1997.

HART, H. L. A. **The Concept of Law.** Oxford, 1961.

HART, H. L. A. Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, In: **Recht und Moral**, HART, H. L. A. Göttingen, 1971.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HAYEK, Frederich August von. **O caminho da servidão.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais:** contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional alemã. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HEIDEN, Konrad. **Hitler:** a biography. New York: AMS Press, 1975.

HEIDEN, Konrad. **A History of National Socialism.** New York: Routledge, 2010.

HENKEL, Heinrich**. Introducción a la filosofia del derecho.** Madrid: Taurus, 1968.

HERRERA, Carlos Miguel. **La polemica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la**

Constitución. Revista de Estudios Politicos, n. 86. Madrid: Tecnos, 1994.

HERRERO, Montserrat. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, Carl Schmitt.** Studio preliminar, tradución y notas de Montserrat Herrero. Coleción Clássicos del Pensamiento. Madrid: Tecnos, 1996.

HITLER, Adolf. **Mein Kampf.** Translated into English by James Murphy. London: Hurst & Blackett, 1939.

HITLER, Adolf. **Trials of War Criminals Before the under the Nuernberg Military Tribunals.** The justice case. United States: Washington, 1951, III v.

HOERSTER, Norbert. **Zur Verteidigung, des Rechtspositivismus**. NJW, 1986.

HOERSTER, Norbert. **Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff**, JuS, 1987.

HOERSTER, Norbert. **Em defensa del positivismo jurídico.** Barcelona: Gedisa, 1992.

HOGEMANN. Edna Raquel Rodrigues Santos. **Sobre a aplicação da teoria da justiça de John Rawls:** a desobediência civil. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9565-9564-1-PB.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2015.

HUBER, Ernst Rudolf. **Die Verfassung des Deutschen Reichs.** A Constituição do Reich. Weimarer Reichsverfassung. Reichsgesetzblatt, 1919.

IHERING, Rudolf Von. **A Finalidade do Direito.** Rio de Janeiro: Rio, 1979.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

JELLINEK, Walter. **Schöpferische Rechtswissenschaft.** Kiel: Lipsius & Tischer, 1928.

JÜNGER, Ernst. **In Stahlgewittern:** ein Kriegstagebruch. Berlim: E. S. Mittler & Sohn, 1922.

JÚNIOR, José Jardim-Rocha. Atravessando o “umbral da injustiça”: direito e moral em Gustav Radbruch. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília,** n. 5, p. 51-59, 2001.

JÚNIOR, Luís Augusto Rabelo. **A justiça como equidade em John Rawls.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10755>. Acesso em: 16 jun. 2015.

KANT, Imamanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos.** Lisboa: Edições 70, 1995.

KANT, Imamanuel. **A paz perpétua:** um projeto filosófico. Universidade da Beira

Interior: Covilha, 2008.

KANT Immanuel. **A fundamentação da Metafísica dos Costumes.** São Paulo: Discurso Editorial Barcarolla, 2009.

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

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporáneas**, KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002b.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELLY, John Maurice. **Uma breve história da teoria do direito ocidental.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts.** Tubingen: Mohr, 1920.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre.** Wien: 1960.

KELSEN, Hans. **Was ist juristischer Positivismus?** JZ, 1965.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Tradução e estudo introdutório de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Théorie pure du droit.** Adaptée de l'allemand par Henri Thévenaz. Neuchâtel: Éditions de la Baconnière, 1988.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

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

KELSEN, Hans. **A democracia.** Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

KEMPCKE, Günter. **Wörterbuch Deutsch als Fremdsprache.** Deutschland: De Gruyter, 2011.

KERSHAW, Ian. **Hitler:** um perfil do poder. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

KITCHEN, Martin. **História da Alemanha moderna de 1800 aos dias de hoje.** São Paulo: Cultrix, 2013.

LAFER, Celso**. Hannah Arendt:** pensamento, persuasão e poder. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LAMAS, Lívia Paula de Almeida. **O positivismo jurídico e a norma injusta.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10466>. Acesso em: 21 jan. 2015.

LAROUSSE. **Mini Dicionário Larousse Português-Francês / Francês-Português.** São Paulo: Larousse do Brasil, 2005.

LAZZARO, Giorgio. **Sistema giuridico.** Novissimo Digesto Italiano. Torino: Editrice Torinese, 1969.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologie du Droit.** Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

LIMA, George Marmelstein. **Teoria dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/01/14/capitulo-1-a-teoria-dos-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 15 jan. 2014.

LIMA, Hermes. **Introdução à Ciência do Direito.** São Paulo: Freitas Bastos, 1964.

LIMA, Newton de Oliveira. Gustav Radbruch e a fundamentação de uma teoria racionalista dos direitos humanos. **Revista Desenredos**, Piauí, Teresina, ano 1, n. 2, set./out. 2009a.

LIMA, Newton de Oliveira. **Teoria dos Valores Jurídicos:** o Neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2009b.

LLOYD, Dennis. **A ideia de lei.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOBATO, Monteiro. **Justiça e Lógica.** Rio de Janeiro: Editora Globo, 2008.

MACHADO, Roberto Denis. Das críticas e dos preconceitos ao positivismo jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.** Belo Horizonte, n. 52, p. 329-354, jan./jun., 2008.

MAGALHÃES, Oscar José Echenique; MAGALHÃES, José Antônio Rego. A primeira crítica de Dworkin ao positivismo jurídico e o debate entre Dworkin, Hart e Raz. **Revista Eletrônica Direito e Política.** Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí, v. 8, n. 2, 2013.

MAIHOFER, Werner. **Naturrecht als Existenzrecht**. Frankfurt a. M., 1963.

MARTÍNEZ BRETONES, Maria Virginia. **Gustav Radbruch: Vida y Obra.** Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

MARTINS, Fábio Henrique Araújo. Uma análise da ADPF 153 desde a fórmula de Radbruch e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Internacional de Direito e Cidadania,** n. 9, p. 43-53, fev. 2011.

MATA MACHADO, Edgar de Godói da. **Elementos de Teoria Geral do Direito.** Belo Horizonte: UFMG, 1995.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **Positivismo Jurídico Inclusivo:** a possibilidade incorporação de valores morais ao direito nos estados constitucionais contemporâneos. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0710471_09_cap_03.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2015.

MEMORIAL MUSEUM, United States Holocaust. **Vítimas do Período Nazista**: ideologia racial nazista. Disponível em: <http://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php ?ModuleId=10007457>. Acesso em: 27 dez. 2013.

MESSNER, Johannes. **Das Naturrecht.** Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik. Wien: Innsbruck, 1950.

MIRANDA, Pontes de. **Introdução à Política Científica.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MONTEIRO, Eduardo Cabral Moraes. **Concepções teóricas sobre a ideia de sistema na ciência do direito.** Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php /redu/article/download/1189/935>. Acesso em: 20 fev. 2014.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORESO, José Juan. **La indeterminación del derecho y la interpretación constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito.** Dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito:** introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito.** Tradução de Peter Naumann, Eurídes Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NEUMANN, Ulfried. **Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico**

en el debate sobre "delincuencia estatal" en la anterior RDA. Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, n. 17-18, 1995.

NEUMANN, Ulfried. Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik. In: **Dimensionen der Hermeneutik**, HASSEMER, Winfried. Heidelberg, n. 19, 1998.

OLG Bamberg. Oberlandesgericht Bamberg, Tribunal de Justiça Regional de Bamberg. In: **Süddeutsche Juristen-Zeitung**, Spalte 207, 1950.

OLIVEIRA, Filipe Torres de. **Direito e Moral:** uma reflexão prática sob a ótica de Robert Alexy. Monografia apresentada ao curso de direito do UNICEUB, Faculdade de Direito - FAJS, Programa de Graduação em Direito, Brasília, 2012.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Injustiça extrema e o conceito de direito. In: **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**, TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes, SALIBA, Aziz Tuffi, LOPES, Mônica Sette (orgs.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

OTT, Walter. **Der Rechtspositivismus**. Berlin, 1976.

PARKER, John; STAHEL, Mônica. **Password:** English dictionary for speakers of portuguese. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PASCAL, Blaise. **Pensées.** Editado por Ausgabe E. Wasmuth. Heidelberg: Verlag Lambert Schneider, 8. Aufl. 1978.

PATZIG, Günther. **Ethik ohne Metaphysik.** Göttingen, 1971.

PATZIG, Günther. Moral und Recht. In: **Ethik ohne Metaphysik**, PATZIG, Günther. 2. ed., Göttingen, 1983.

PAULSON, Stanley L. On the background and significance of Gustav Radbruch's Post-War papers. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 1, p. 17-40, 2006.

PECES-BARBA, Gregório; FERNÁNDEZ, Eusébio. **Curso de Teoria del Derecho.** Madrid: Marcial Pons, 1999.

PEIRCE, Charles Sanders. **Collected Papers:** pragmatism and pragmaticism and scientific and metaphysics. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1934, 5 v.

PEREIRA, Cinthia Berwanger. **Alexy e a questão do argumento do relativismo.** Disponível em: <http://www.encontro2014.anpof.org/simposio/view?ID_SIMPOSIO=54>. Acesso em: 20 nov. 2014.

PINTO, Isac Penedo. **Aspectos do Pós-Positivismo e a Crise da Legalidade.** Disponível em: <http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1223>. Acesso em: 15 nov. 2014.

PINTORE, Anna. Democracia sin derecho: en torno al kelsen democrático. In: **Revista DOXA**: cuadernos de filosofia del derecho. Madrid: Biblioteca Miguel de Cervantes, n. 23, 2000.

POLITZER, Georges. **A filosofia e os mitos.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos.** Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, 2 v.

PRESOT, Regiane de Souza Carvalho. **Hannah Arendt e Primo Levi:** reflexões sobre o Estado Totalitário. Disponível em: <https://www.academia.edu/4144426/Hannah_Arendt_e_Primo_Levi_Reflexoes_sobre_o_Estado_Totalitario>. Acesso em: 20 jan. 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Grundzüge der Rechtsphilosophie.** Verlag von Quelle & Meyer in Leipzig, 1914.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la ciencia del derecho.** Tradução de Luis Recasens Siches, Madrid: Aguilar, 1930.

RADBRUCH, Gustav. Le but du droit. In: **Annuaire de L'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique.** Le but du droit: bien commun, justice, sécurité. T. III, Paris: Sirey, 1938.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. In: **Süddeutsche Juristenzeitung**, 1946.

RADBRUCH, Gustav. **Der Mensch im Recht.** "O homem no direito": seleção de conferências e artigos sobre questões fundamentais no direito. Tradução de Jacy de Souza Mendonça. Göttingen, 1957.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito vols. I e II.** Tradução de Luís Cabral de Moncada, Coimbra: Arménio Amado, 1961.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. Prólogo. In: **Arbitrariedad legal y derecho supralegal.** VÁZQUEZ, Maria Isabel Azaretto de. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

RADBRUCH, Gustav. **Vorschule der Rechtsphilosophie.** Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965.

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

RADBRUCH, Gustav. **Rechtsphilosophie**. Stuttgart, 1973.

RADBRUCH, Gustav. **Cinco minutos da Filosofia do Direito.** Filosofia do Direito. Coimbra: Armênio Amado, 1974a.

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

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

RADBRUCH, Gustav. Fünf Minuten Rechtsphilosophie. In: Gustav Radbruch, **Gesamtausgabe**, KAUFMANN, Arthur (org.), Bd. 3, Heidelberg, 1990a.

RADBRUCH, Gustav: **Gesamtausgabe**. Teil: Bd. 3. Rechtsphilosphie. 3. Bearb. Von HASSEMER, Winfried. Heidelberg: Müller Mehrteiliges Werk, 1990b.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y derecho.** Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2009.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Filosofia do Direito.** Tradução e introdução de Jacy de Souza Mendonça. Disponível em: <http://www.ebook4shared.com/doc-file/introdu199195o-192-filosofia-do-direito-valor-justica>. Acesso em: 20 jan. 2015.

RANKE, Leopold Von**. História.** São Paulo: Ática, 1979.

RAWLS, John. **A Theory of Justice.** Harvard University Press: USA, 1971.

RAZ, Joseph. **The Authority of the Law:** essays on law and morality**.** Oxford: Clarendon Press, 1979.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico:** uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva, 2001.

REINACH, Theodor. **De l'état de siège: Étude historique et juridique.** Paris: Pichon, 1885.

REZENDE, Maria José de. **A ditadura militar no Brasil:** repressão e pretensão de legitimidade 1964-1984. Londrina: Eduel, 2013.

RIBEIRO, Fernando José Armando. **Conflitos no Estado Constitucional Democrático.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

RIBEIRO, Fernando José Armando. **Crítico do Positivismo, Carl Schmitt**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

RIBEIRO, João Júnior. **O que é Nazismo.** São Paulo: Brasiliense, 2005.

ROMANO, Santi. Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoto di

Messina e Reggio Calabria. Reed. In Scritti minori. **Rivista di diritto pubblico**, v. I., Milano: Giuffrè, 1909.

RUSSELL, Bertrand; SARTRE, Jean-Paul; DEDIJER, Vladimir. **Os Estados Unidos no Banco dos Réus.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1970.

SALDANHA, Nelson. **Sistema jurídico.** Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, 69 v.
SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça.** São Paulo: Cortez, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teoria da Guerrilha.** Tradução de Theorie des Partisan. Lisboa: Arcádia, 1975.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución.** Madrid: Tecnos, 1983.

SCHMITT, Carl. A revolução legal mundial superlegalidade e política. Lua Nova: **Revista de Cultura Política**, n. 42, 1997.

SCHMITT, Carl. **Teologia política.** Apresentação de Eros Roberto Grau. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHNUR, Roman. **Revolution und Weltbürgerkrieg.** Berlim: Duncker & Humblot, 1983.

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

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito:** primeiras lições. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Transição e Direito: culpa, punição, memória. In: **A memória e as ciências humanas**, GALLE, Helmut; SCHMIDT; Rainer (orgs.). São Paulo: Humanitas, 2011.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário**: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOSSAI, Leonidas. **Validade e Funções do Direito na Obra de Lon Füller.** Disponível em: <http://www.unimep.br/phpg/mostraacademica/anais/4mostra/pdfs/49.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2015.

SOUKI, Nádia. **Hanna Arendt e a banalidade do mal.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

SOUSA, Felipe Oliveira de. Entre o não-positivismo e o positivismo jurídico: notas sobre o conceito de direito em Robert Alexy. In: **Direitos fundamentais e justiça**, v. 5, n. 14, p. 297-324, jan./mar. 2011.

STOLZ, Sheila. **Um Modelo de Positivismo Jurídico:** o pensamento de Herbert Hart. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_05_pp101-120.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2014.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras:** o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Orientador: Danilo Marcondes de Souza Filho. Tese (Doutorado). Departamento de Filosofia. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005.

SUMMERS, Robert. **Lon L. Füller.** Stanford: Stanford University Press, 1984.

TABORDA, Maren Guimarães; MELGARÉ, Plínio Saraiva; MOREIRA, Alexandre Mussoi. **Programa de hermenêutica jurídica:** estudos em homenagem a Sandro Subtil da Silva. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

TAYLOR, Charles. Hegel's Ambiguous Legacy for Liberalism. **Cardozo Law Review.** v. 10, n. 5-6, England: Cambridge University Press, 1989.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TINGSTEN, Herbert. **Les Pleins pouvoirs:** l'expansion des povoirs gouvernamentaux pendant et aprés la Grande Guerre. Paris: Stock, 1934.

TIZZO, Fabiano. **A Ditadura Nazista.** Disponível em: <http://revistaparametro.wordpress.com/tag/nazismo>. Acesso em: 29 set. 2013a.

TIZZO, Fabiano. **Nazismo como concepção ideológica na Alemanha.** Disponível em: <http://revistaparametro.wordpress.com/tag/nazismo>. Acesso em: 29 set. 2013b.

TIZZO, Fabiano. **Propaganda e censura na Alemanha Nazista.** Disponível em: <http://revistaparametro.wordpress.com/tag/nazismo>. Acesso em: 29 set. 2013c.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma teológica.** Tradução Bilíngue de Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Sulina e UCS, 1980.

TRINDADE, Otávio Augusto Drummond Cançado. **O Mercosul no direito brasileiro:** incorporação de normas e segurança jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TROPER, Michel. Le positivisme juridique. In: **Revue de synthèse**, n. 118-119, 1985.

TROPER, Michel. **La théorie du droit, le droit, l´État.** Paris: PUF, 2001.

VALDÉS, Ernesto Garzón. **Öffentliche oder private Moral?** Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

VAN DER VEN, Josephus Joannes Maria. **Ius Humanum:** Das Menschliche und das Rechtsliche. German: Hardcover, 1981.

VIGO, Rodolfo Luis. La axiologia de Gustav Radbruch. In: **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2006.

VIRALLY, Michel. **La pensée juridique.** Paris: Librairie générale de Droit, 1960.

VOIGT, Rüdiger. **Gegentendenzen zur Verrechtlichung** Opladen: Westdeutscher Verlag, 1983.

WEBER, Max. **Rechtssoziologie.** Neuwied: Luchterhand, 1960.

WEYERMÜLLER, André Rafael. **O Direito no período nazista:** instrumento de controle e legitimação ideológica. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1959&secao=265>. Acesso em: 25 maio 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil:** ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2008.