

ATRAVESSANDO O “*UMBRAL DA INJUSTIÇA*”: DIREITO E MORAL EM GUSTAV RADBRUCH

José Jardim-Rocha Júnior*

“*Ai dos que decretam leis injustas, dos que escrevem leis de opressão*” (Isaías 10:1)

Sumário

Este trabalho pretende examinar alguns aspectos do problema clássico da Filosofia do Direito atinente à relação entre direito e moral, tendo por referência as formulações de um dos mais expressivos juristas alemães deste século, Gustav Radbruch (1878-1949), cuja obra vem sendo amplamente resgatada e discutida no âmbito do debate que, em novas bases, se vem travando atualmente com respeito àquele problema. Precisamente valendo-se de um enunciado de Radbruch, é que Robert Alexy, um dos mais qualificados jusfilósofos contemporâneos, cunhará a fórmula aludida no título — “*Umbrel da Injustiça*” —, que será uma das referências obrigatórias desse debate.

Tendo em vista as evidentes restrições a que está sujeito o trabalho, a discussão partirá já da posição assumida por Radbruch após ele conhecer — para usar as suas próprias palavras — o “desastre” do nazismo, examinando-se, a partir dos antológicos “Cinco Minutos de Filosofia de Direito” com que iniciou o seu ataque ao positivismo jurídico, a controversa questão acerca de se a sua nova orientação representaria uma ruptura ou um mero desdobramento da concepção anteriormente desenvolvida sua obra magna, a *Rechtsphilosophie*,¹ na qual ele enunciara o seu conceito neutral, conquanto *prima facie* não o pareça, do direito como “a realidade que tem o sentido de se achar a serviço da idéia da justiça”. Far-se-á ainda uma breve menção à discussão que, com referimento às posições de Radbruch, se instaurou na Alemanha no tocante à relação entre o nazismo e o positivismo.

À guisa de conclusão, tendo em conta que a forma de Estado prevalecente nas co-

munidades jurídicas mais legitimadas² — o Estado Constitucional — caracteriza-se por uma normatividade principal e axiologicamente orientada, numa palavra, uma normatividade que constitucionalizou a moralidade, sugere-se que, quando confrontada com as posições dominantes tributárias do positivismo, a formulação derradeira de Gustav Radbruch é mais idônea para dar conta do desafio que se apresenta aos juristas contemporâneos de, por um lado, evitar uma “absolutização” dos valores, conducente a uma espécie de fundamentalismo jurídico, mas, por outro lado, de não cair na tentação de uma “absolutização” do relativismo ético, fomentador dessa anomia que ora vivenciamos nos sistemas jurídicos periféricos.

1 – O “*Umbrel da Injustiça*”: o direito depois do desastre

1.1 A primeira tomada de posição

Ao capítulo VIII da obra que preparara até um mês antes de ser surpreendido pela morte — “O Homem no Direito” — Radbruch pôs o título de “Primeira Tomada de Posição logo após o Desastre de 1945”, fazendo nele incluir duas das mais significativas expressões da orientação que o seu pensamento assumira com respeito ao direito em face da experiência alemã do nacional-socialismo.

A primeira delas, os famosos “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”³ (*Fünf Minuten Rechtsphilosophie*), é uma circular que Radbruch encaminhou aos estudantes da Universidade de Heidelberg, publicada na edição de 12 de setembro de 1945 da *Rhein-Neckar-Zeitung*. A segunda é o discurso proferido em 1946 na reinauguração da Faculdade de Di-

reito da Universidade de Heidelberg, intitulado “Renovação do Direito”.⁴

Radbruch abre o primeiro dos *Cinco Minutos de Filosofia do Direito*, precisando o sentido do que lhe parecia ser o positivismo jurídico:

“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 género 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 equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro”.⁵

No segundo minuto, Radbruch questiona o princípio que, segundo ele, pretendia substituir o positivismo: o de que “direito é tudo aquilo que for útil ao povo”. Isso quer dizer que “arbitrio, 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 assassinio 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’. Ao invés disso, sustenta Radbruch, dever-se-ia dizer que “só o que for direito será útil e proveitoso para o povo”.

No terceiro minuto, Radbruch retorna à relação entre o direito e a justiça, iniciando com uma fórmula que já estava contemplada no seu pensamento: “Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça”. Todavia, supera o relativismo expresso em suas posições anteriores,⁶ acrescentando um critério que materializa aquela relação: “Justiça, porém, significa: julgar sem consideração de pessoas; medir a todos pelo mesmo metro”. Por fim, prega que o povo não deverá obedecer e os juristas deverão ser os primeiros a recusar o caráter de jurídicas às “leis que conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana”.⁷

No quarto minuto, Radbruch enfrenta o problema das antinomias entre os três valores que associa à idéia de direito: a “justiça”, a “segurança jurídica” e o “bem comum”. Admite que muitas vezes será necessário “ponderar” se “uma lei má, nociva ou injusta” deverá ainda ser reconhecida como válida “por amor da segurança do direito” ou, ao contrário, se, “por virtude da sua nocividade ou injusta, tal validade lhe deverá ser recusada”.⁸ Contudo, exorta o povo e os juristas a ter profundamente gravado na sua consciência um ponto decisivo: “pode (sic) haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade e até o carácter (sic) de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados”.

Por derradeiro, no quinto minuto Radbruch reconhece a existência de “princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo”. Admite que esses princípios — que alguns chamam de “direito natural” e outros de “direito racional” — têm os seus pormenores “envoltos em grandes dúvidas”; todavia, sustenta que “o esforço de séculos” conseguiu firmar um núcleo seguro e fixo desses princípios, que foram reunidos nas “declarações dos **direitos dos homens e do cidadão**”. Tal é a universalidade do reconhecimento desses princípios que, segundo Radbruch, “com relação a muitos deles, só um sistemático cepticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas”.

A sua vez, na “Renovação do Direito, diante de uma das mais expressivas comunidades acadêmicas da Alemanha, Radbruch prega que deveria partir das Faculdades de Direito “a renovação do direito, a conversão educativa do jurista alemão e a formação jurídica de todo o povo alemão”,⁹ apresentando nove princípios que deveriam ser observados nessa tarefa:

i) retorno à idéia de *Rechtsstaat*, de um Estado vinculado às suas próprias leis, isso que antes do nazismo era tão evidente e inconscientemente aceito como o ar mesmo que se respira; ii) superação do positivismo — concepção que, por conceder “validez a toda lei surgida conforme à ordem estabelecida”, deixara os juristas indefesos diante de leis criminosas — em benefício da prevalência de direitos humanos acima de qualquer lei; do direito natural, que nega validade a toda lei inimiga da justiça; iii) uma vez que, nos últimos vinte anos, apenas o cristianismo e a igreja conseguiram se afirmar, ao passo que

“todos os outros poderes espirituais, as universidades e a ciência, os tribunais e a prática jurídica, as concepções políticas do mundo e da vida, sucumbiram frente à tirania”, o direito também deverá ser afetado pela ressurreição da crença religiosa: ele “será concebido como uma parte da ordem divina, e a santidade do direito e dos contratos voltará a ser algo mais que uma mera maneira de falar”; iv) incremento dos estudos comparativos entre as duas grandes culturas jurídicas — a europeu-continental e a anglo-americana —, de modo a tornar mais nítido o que é cambiante e o que é permanente no direito; v) revalorização do estudo do direito romano — “uma espécie de esperanto do mundo jurídico” para o entendimento entre aquelas duas culturas jurídicas —, que é a formação humanista aplicada ao direito; vi) reconstrução da economia não em uma forma puramente privada, mas sim sob a forma do “direito social”, isto é, “ampla penetração do direito privado com modificações jurídicas do direito público”; vii)

“o direito do Estado do futuro só pode ser de caráter democrático”

reconstrução do Direito Penal — o mais devastado entre todos os domínios jurídicos — com a substituição da arbitrariedade pela segurança jurídica; do sadismo pela humanidade; da intimidação pela retribuição, melhora-mento e educação, mas sem estabelecer no lugar da desumanidade a debilidade; viii) construção da democracia — já que “o direito do Estado do futuro só pode ser de caráter democrático” — desde baixo, é dizer, a partir do município; e, finalmente, ix) cooperação no surgimento de um novo direito internacional, cuja meta principal deve ser uma paz mundial duradoura, que não obrigue apenas aos Estados mas também aos homens dos Estados, e de um direito penal internacional, que alcance pessoalmente aos destruidores da paz.

1.2 O “Umbral da Injustiça”

A expressão “Umbral da Injustiça” e a sua referência a uma fórmula usada por Gustav Radbruch para estabelecer a relação entre Direito e Moral são obra de

Robert Alexy, apresentada no seu “O Conceito e a Validez do Direito”. Segundo 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 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”.¹⁰

A fórmula do “umbral da injustiça” foi apresentado por Radbruch no seu célebre artigo “Injustiça Legal e Direito Supralegal”,¹¹ publicado em agosto de 1946 no *Süddeutsche Juristenzeitung*. Nesse artigo Radbruch

discute diversos casos ocorridos no pós-guerra que envolviam a punição penal de pessoas que haviam apoiado o nazismo (como espíões, informantes etc.), nos quais os acusados alegavam que os seus atos não eram ilegais, porquanto praticados na conformidade do direito nazista antes vigente.

Radbruch sustentou que por toda a parte se levantava um combate contra o positivismo a partir da idéia de que “há leis que não são Direito e que há Direito acima das leis”.¹² É certo que, durante séculos, seria um absurdo uma tal idéia, pois que o positivismo jurídico, com o seu lema “acima de tudo deve-se cumprir as leis”, reinou de modo absoluto entre os juristas. Mas àquela época a prática jurídica se via ante os problemas causados por essa concepção positivista:

“O positivismo deixou (...) desarmados aos juristas alemães ante as leis de conteúdo arbitrário e injusto. (...) Com isso se ficava sem a possibilidade de estabelecer a validade jurídica das leis. É certo que o positivismo pensa haver provado a validade de uma lei pelo fato de ter a força suficiente para lhe impor. (...) É certo que, independentemente do seu conteúdo, toda lei positiva leva consigo um valor: porque sempre será melhor que a total ausência de leis, ao dar lugar à segurança jurídica. Mas a segurança jurídica não é o único, nem sequer o valor decisivo que tem de realizar o Direito. Ao lado da segurança jurídica, há outros dois valores, que são o da utilidade e o da justiça. A hierarquia destes valores assinala o último posto para a utilidade com respeito ao bem comum. De nenhum modo se há de admitir que é Direito ‘tudo o que é útil ao povo’, mas que ao povo é útil (...) tão-só o que é Direito, o que traz segurança e tende à justiça. A segurança jurídica, que corresponde a qualquer lei já pelo fato

de sua mesma positividade, ocupa um lugar intermediário entre a utilidade e a justiça; a exige, por um lado, o bem comum, e por outro, a justiça. (...) Quando há um conflito entre a segurança jurídica e a justiça, entre uma lei que falha em seu conteúdo, mas que é positiva, e um Direito justo, mas que não adquiriu a consistência da lei, estamos realmente frente a um conflito da justiça consigo mesma, um conflito entre a justiça aparente e a verdadeira”.¹³

E, após identificar esse conflito com aquele que, “de uma maneira admirável”, emerge do Novo Testamento entre o ensino de Paulo na Epístola aos Romanos — “Todo homem esteja sujeito às autoridades” — e a resposta de Pedro e João à proibição de pregarem o evangelho — “Importa antes obedecer a Deus do que aos homens” —, apresenta a solução por meio da fórmula agora célebre:

“O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser solucionado no sentido de que o direito positivo assegurado por sua sanção e poder tem prioridade ainda quando seu conteúdo seja injusto e disfuncional, a menos que a contradição entre a lei positiva e a justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei, enquanto ‘direito injusto’, tenha que ceder ante a justiça”.¹⁴

2-Ruptura ou Desenvolvimento?

Uma questão que já se tem tornado recorrente é a discussão acerca de se a orientação que o pensamento de Radbruch assumiu após a II Guerra poderia ser explicada como uma mera evolução das concepções que antes esposara ou, ao contrário, se ela demarcaria uma ruptura definitiva com aquela primeira orientação.

Erik Wolf, amigo pessoal e conhecedor privilegiado da obra de Radbruch, sustentou a continuidade do seu pensamento a partir de três temas fundamentais por ele tratados: o relativismo axiológico, o problema da “razão objetiva” e a relação entre a filosofia jurídica e a teologia.¹⁵

Segundo Wolf, o relativismo de Radbruch já contemplava a possibilidade de uma mudan-

ça na ordenação dos três elementos que definem o seu conceito de direito — justiça, finalidade e segurança —, de modo que um dos elementos pudesse ser acentuado em detrimento dos outros. Assim, a partir de 1933, o seu relativismo acentuou o valor justiça, porque assim o exigia um regime no qual a formalidade legal pretendia ocultar a injustiça. Do mesmo modo depois de 1945, a fim de prevenir a repetição de um poder estatal sem justiça.

O segundo aspecto, que Wolf atribui ao contato de Radbruch com o direito inglês no período em que esteve afastado da Universidade, diz respeito ao conceito de “natureza da coisa” (*Natur der Sache*). Este conceito se fundamentaria na necessidade que Radbruch revelava de sempre permanecer aberto a todo desenvolvimento intelectual e espiritual, de modo a fazer o que as condições objetivas verificadas na sociedade exigissem.

Quanto ao terceiro ponto, decorreria de que, embora sem contato pessoal com qualquer religião particular, Radbruch desde jovem sempre teve interesse por assuntos teológicos. Em “Filosofia do Direito”, escrito numa época em que quase nenhum erudito considerava as questões teológicas de alguma relevância para o direito, Radbruch reservou um lugar para a teologia junto às disciplinas filosóficas e empíricas. Apreendido a partir de um sentimento teológico, o relativismo de Radbruch conduz-se a uma referência ao caráter provisório das leis humanas, um alerta contra qualquer justificação da lei ao serviço de ideologias absolutas.

Kaufmann é outro autor que defende que não há ruptura no pensamento de Radbruch. Fundamenta essa continuidade nos textos antes do nazismo em que afirma que nem toda lei positiva pode ser válida, e com textos da segunda etapa nos quais se mostraria que não chega a sacrificar o valor da seguridade jurí-

dica como elemento da idéia de direito e que consideraria um erro qualquer jusnaturalismo tradicional, de corte metafísico. O que ele denomina direito natural são direitos subjetivos das pessoas, anteriores à legislação e intangíveis, porém históricos.

Em sentido diverso, e amplamente majoritária, é a posição que reconhece uma mudança radical na concepção do direito de Radbruch.¹⁶ Hart, que fala mesmo em “conversão de Radbruch”, diz que a sua crítica ao positivismo é “certamente menos um argumento intelectual contra a distinção utilitarista do que um apelo apaixonado com apoio não em uma argumentação sofisticada, mas sim em lembranças de uma experiência terrível. Portanto, ela consiste do testemunho daque-

les que desceram ao inferno e, como Ulisses e Dante, retornaram com uma mensagem para os seres humanos, com a particularidade de que, nesse caso, o inferno não estava abaixo ou acima da terra, mas sobre ela; era um inferno criado sobre a terra pelos homens para ou-

tros homens”.¹⁷ Para Hart, o apelo de Radbruch para descartar a “doutrina da separação do direito e a moral tem a especial pungência (*poignancy*) de uma retratação (*recantation*)”. Ele ainda reclama que, “desafortunadamente, a arrasadora retratação de sua anterior doutrina é omitida da tradução dos seus trabalhos”, muito embora ela devesse ser lida por todos aqueles que desejam pensar de novo a questão da relação entre direito e moral. Essa posição de Hart é extremamente significativa, porquanto ele critica acerbamente a orientação de Radbruch após o nazismo; todavia, não nega que ele tenha mudado.

Também Alexy, que já se coloca numa posição favorável à nova orientação de Radbruch, fala que “antes do nacional-socialismo, Radbruch era positivista. Depois, modificou sua concepção”.¹⁸

O que ele denomina direito natural são direitos subjetivos das pessoas, anteriores à legislação e intangíveis, porém históricos.

De nossa parte, vemos com muita dificuldade a possibilidade de conciliar as teses que Radbruch defendia antes do nazismo, principalmente na “Filosofia do Direito”, e os apelos que ele fez depois da guerra em textos como “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, “Renovação do Direito” e “Injustiça Legal e Direito Supralegal”.

Em primeiro lugar, devemos lembrar que no segundo momento ele incontestavelmente equaciona o problema da correlação entre os três elementos constitutivos do direito, até então irresolvida no seu relativismo, assentando numa passagem já mencionada aqui: “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. (...) 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”.

Além desse, há um ponto que se nos afigura fulminante, pela relevância de que se reveste para a prática do direito: o papel atribuído ao juiz. Inicialmente, Radbruch defendia que ao juiz caberia “dar execução e reconhecer obrigatoriedade à lei”, inclusive, se necessário, “sacrificando o seu próprio sentimento jurídico ao imperativo autoritário da norma e curando apenas do que diz a lei e nunca da justiça que ela pode conter”. Dizia, mais ainda, que do juiz que se coloca a serviço da lei sem se preocupar com a sua justiça jamais se poderá dizer que “se transforma em servidor de quaisquer fins arbitrários; a verdade é que, mesmo que ele por ordem da lei deixe de servir a justiça, não obstante isso, continuará a servir a segurança do direito”¹⁹. Depois da sua “conversão”, o seu apelo será absolutamente antagônico: “os juristas deverão ser os primeiros a recusar o caráter de jurídicas” às leis que “conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamen-

te concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana”²⁰.

Bem, se tivéssemos ouvido desde logo a própria opinião de Radbruch, talvez pudéssemos dispensar essa discussão, pois ele, que deve ser tido como uma palavra abalizada para descrever o seu estado de espírito, confessou que vivenciou uma “viragem (sic) das coisas”, lamentando apenas que ela lhe tenha chegado demasiado tarde.²¹

3 - O Nazismo e o Positivismo

Uma das implicações mais relevantes das posições “pós-desastre” de Radbruch é que elas foram assumidas como a referência doutrinária para, no pós-guerra, sustentar e criticar a vinculação entre o direito nazista e o positivismo. Chancelando a posição de Radbruch, Welzel dizia que não se pode esquecer que os juristas formados no positivismo se viram no poder no direito nazista: “O Terceiro Reich tomou por palavra o positivismo”.²²

Essa posição foi amplamente majoritária entre os juristas alemães até o início da década de 70, quando começaram a aparecer os primeiros trabalhos sustentando que, ao contrário, o direito nazista nada tinha a ver com o positivismo.

O fundamento dessa posição era que, já durante a República de Weimar, o típico positivismo formalista e moralmente relativista na linha de Kelsen, Thoma e o primeiro Radbruch, não era dominante nem na judicatura nem na doutrina. Com respeito aos juízes, argumentava-se que se eles estivessem vinculados ao lema “lei é lei”, não teriam se verificado as flagrantes violações ao princípio da igualdade — absoluto rigor com os comunistas e condescendência com a extrema direita — nas sentenças relativas aos casos de conspirações políticas. Quanto aos juristas, prevaleceria entre eles um positivismo estatalista, saudosos da época guilhermina e concretizador de uma unidade metafísica entre moral, Estado e direito. Sustenta-se ainda que, a partir de 1933, com a ascensão do nazismo, os juristas simpatizantes do novo regime — entre tantos, Schmitt, Larenz e

Forsthoff — consideravam o positivismo jurídico uma ideologia judaica e produto do liberalismo e do individualismo.

Esses argumentos foram usados no pós-guerra para respaldar a tese de que o nazismo era antipositivista, argumentando-se que os juristas partidários ou, quando menos, indiferentes ao nazismo sabiam que uma ordem jurídica que acolhesse um positivismo deveria respeitar certas garantias formais de procedimentos, o que não seria possível no âmbito do direito nazista.

No que se refere à prática judicial na era nazista, alega-se que jamais se poderia chamar de positivistas os juízes que, atendendo às recomendações exaradas nas famosas “Cartas aos Juízes” (*Richterbriefe*), aplicavam, por exemplo, pena de morte a delitos raciais para as quais a norma positiva só estabelecia penas privativas de liberdade.

Houve autores que chegaram mesmo a qualificar o direito nazista de jusnaturalista (Meinck, Langner), diferenciando-se do jusnaturalismo clássico apenas em razão das idéias racistas em que se baseavam. Kaufmann falava em um “positivismo legalista pervertido”, que exigia obediência às leis nazistas, mas que se transformava em jusnaturalismo ao afirmar a superioridade do ordenamento nazista em relação às leis liberais-democráticas.

Resumindo, seriam os seguintes os principais pontos em que se considerava o direito nazista afastado da concepção positivista do Estado de Direito:

i) desrespeito ao princípio da igualdade perante a lei — criação de um “direito especial” baseado na idéia de que a reserva de discriminação racial era imanente à essência mesmo de todo o direito vigente; ii) ausência de segurança jurídica — domínio da chamada “interpretação sem limite”, por meio da qual dava-se prevalência ao conteúdo material do direito em detrimento das garantias formais; iii) adoção do “direito secreto” — direito emanado diretamente do *Führer* e que era considerado de máxima hierarquia, em cujo âmbito foram autorizadas a aplicação retroativa de normas sancionatórias, a interpretação extensiva no direito penal e a reforma pela Gestapo de decisões

judiciais que fossem consideradas brandas com os acusados; iv) eliminação da garantias processuais — processo não contraditório, juramento de fidelidade ao *Führer* pelos advogados, acusação coordenada entre promotoria e defesa, inexistência de recurso contra as decisões do *Volksgerichtshof* e tribunais especiais, desrespeito ao princípio *non bis in idem*;

Conclusão

Gustav Radbruch construiu a sua carreira como um emérito positivista, mas ficará para a história como o homem que, para usar as palavras de Hart, converteu-se ao antipositivismo após conhecer o inferno sobre a terra. É certo que não se pode identificar com facilidade a sua primeira posição ao positivismo de Kelsen, tradicionalmente assumido como um paradigma da tese da separação radical entre direito e moral.²³ Para Kelsen, incontestavelmente a teoria do direito tem de tomar como objeto o direito em si, como estrutura normativa auto-suficiente, auto-referente e coerente. Tais posições não se coadunam sem atrito com alguém que sustenta que “só pode rigorosamente falar-se de **normas** jurídicas, dum **dever-ser** jurídico, dum **validade** jurídica, e, portanto, dos **deveres** jurídicos, quando o imperativo jurídico for dotado pela própria consciência dos indivíduos com a força obrigatória ou vinculante do dever moral”.²⁴

Usando critérios mais atuais, poderíamos dizer que o primeiro Radbruch se aproxima mais da tese de uma separação relativa entre direito e moral, tal qual defendido, entre outros, pelo jusfilósofo argentino Carlos Santiago Nino e por Hart. A largos traços, pode-se dizer que nessa concepção, sem abandonar o postulado da autonomia e independência conceptual dos sistemas normativos de direito e moral, se reconhece, não obstante, que entre eles existem determinados pontos de conexão e interferência. Seguindo essa trilha, Santiago Nino, reconhecerá a fundamentação última do direito em um “mínimo ético”, mas por razões metodológicas e de segurança jurídica manterá a exigência de não confundir o direito positivado do direito que moralmente se aspira existir.²⁵

Quanto ao segundo Radbruch, é certo que não reivindicará uma vinculação absoluta do direito à moral, na linha de Agostinho, para quem não pode existir uma “lei injusta”. Ao contrário, o seu “Umbrel da Injustiça” explicitamente reconhece que as leis serão válidas ainda quando “seu conteúdo seja injusto e disfuncional”, perdendo essa sua qualidade jurídica, a sua pretensão de poder impor obrigações jurídicas aos homens e mulheres, apenas a partir do ponto em que “a contradição entre a lei positiva e a justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei, enquanto ‘direito injusto’, tenha que ceder ante a justiça”. Estamos aí inegavelmente diante de uma vinculação relativa entre direito e moral, na linha antipositivista defendida por Alexy e Dworkin.²⁶

Ao nosso ver, para o enfrentamento das graves e complexas questões que a normatividade suscita nas nossas sociedades, o “Umbrel da Injustiça” fornece muito mais recursos do que o argumento suscitado por Hart no sentido de que Radbruch teria sido ingênuo ao pensar que, numa orientação positivista, uma vez declarada a validade de uma norma, estivesse igualmente equacionada a questão moral última atinente a se essa norma deveria ser obedecida.²⁷ Com efeito, oferecer como única alternativa a possibilidade de que o indivíduo, seguindo a sua moralidade, recuse cumprimento à norma jurídica imoral, só pode resolver aquelas situações similares, para referir a um exemplo do próprio Radbruch, à narrada nos Atos dos Apóstolos, em que Pedro e João, impedidos de pregar o evangelho, recusaram-se a acatar essa ordem, argumentando que “importa antes obedecer a Deus do que aos homens”. Quando, ao contrário se enfrenta um sistema jurídico que no seu conjunto hostiliza em medida insuportável a moralidade convencional, a única solução possível haverá de ser, na linha do “Umbrel de Justiça”, recusar, com todos os meios possíveis, conferir dignidade jurídica a um tal sistema.

Ademais, quando se atenta para o paradigma jurídico prevalecente naquelas or-

dens jurídico-políticas mais legitimadas, é dizer, o Estado Constitucional, que pôs por terra a concepção decimonônica de um Estado de Direito liberal e legalista, será inevitável a aceitação da incorporação da moralidade à idéia e à prática do direito. Com efeito, a normatividade principal e axiologicamente informada dos textos constitucionais contemporâneos sofreria grave erosão se houvesse de ser compreendida e concretizada a partir da subsunção silogística e “desmoralizada” que é o que pode oferecer uma apreensão positivista da juridicidade. O caminho, aceitemos ou não, já foi escolhido: a moralidade foi constitucionalizada nas Cartas Magnas do pós-guerra.

A tarefa dos juristas que se pretendem à altura desse desafio será, de um lado, evitar uma absolutização dos valores, conducente a uma espécie de fundamentalismo jurídico; de outro lado, resistir à tentação de uma “absolutização” do relativismo ético gerador dessa anomia que ora presenciamos nos sistemas jurídicos periféricos como o nosso. A importância 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, que não caia em formulas abstratas e vazias, mas que antes recebe seu conteúdo material do sistema de necessidades básicas ou radicais que constitui o seu suporte antropológico.

* Assessor de Ministro do Tribunal de Contas da União. Realizou estudos de Direito Público na Universidade de Coimbra e atualmente cursa o Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

¹ A versão aqui utilizada é a tradução de Cabral de Moncada, publicada como *Filosofia do Direito*, Armênio Amado Editor, Coimbra, 6 ed., 1997, tendo sido mantida a ortografia lusitana.

² Condição que, infelizmente, ainda não prevalece nas comunidades jurídico-políticas periféricas, ainda conformadas como meros Estados de Direito, é dizer, Estados com a forma de Direito apenas no sentido e nos limites da concepção liberal decimonônica, tal qual é o caso da República Federativa do Brasil. Não podendo essa questão fundamental ser aprofundada nos limites deste trabalho, como mera sugestão bibliográfica refira-se, entre outras, às importantes análises de

Gustavo Zagrebelsky (*Il Diritto mite*, Einaudi, 1992) e Luis Prieto Sanchís (*Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, 1997).

³ Disponível em edições portuguesa (Apêndice II da *Filosofia do Direito*) e argentina (primeira parte do capítulo VIII de *El Hombre en el Derecho*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980).

⁴ Correspondente à segunda parte do capítulo VIII de *El Hombre en el Derecho*.

⁵ RADBRUCH, Cinco Minutos de Filosofia do Direito, apêndice a *Filosofia do Direito*, p. 415. As citações seguintes desse texto se recolhem da mesma fonte.

⁶ Por exemplo, a de que a “justiça ensina-nos, sem dúvida, a tratar igualmente coisas iguais e desigualmente coisas desiguais, mas não nos diz **como e em que ponto de vista** devemos considerar os homens iguais ou desiguais”, *Filosofia do Direito*, p. 159-60.

⁷ RADBRUCH, *Cinco Minutos de Filosofia do Direito*, p. 416.

⁸ RADBRUCH, *op. cit.*, p. 417.

⁹ RADBRUCH, *El Hombre en el Derecho*, p. 124-5.

¹⁰ ALEXY, *El Concepto y la Validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1994. p. 34

¹¹ Esse artigo, publicado como *Gesetzliches Umrecht und Übergesetzliches Recht*, pode ser consultado em uma edição argentina (*Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962) e em uma edição brasileira (*Leis que não são direito e direito acima das leis*, Justitia, ano XXXVIII, vol. 93, 2º trim., 1976, p. 155-163).

¹² RADBRUCH, *Leis que não são direito e direito acima das leis*, p. 159.

¹³ RADBRUCH, *id.*

¹⁴ RADBRUCH, *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*, p. 37. Valeu-se aqui da edição argentina, em razão de que, nessa passagem, a versão brasileira tem um sentido totalmente incompatível com a descrição do “Umbral da Injustiça”.

¹⁵ WOLF, *Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruch Rechtsphilosophie*, Apud AZARETTO VÁZQUEZ, María Isabel, In Prólogo a *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal*, p. 9. As demais referências à posição de Wolf são também extraídas dessa mesma fonte.

¹⁶ Garcia Amado assevera que “La tesis de la ruptura y la conversión de Radbruch en estandarte de la reacción antipositivista fue claramente dominante durante décadas”, In *Nazismo, Derecho y Filosofia del Derecho*, p.3, Revista Electrónica de la Universidad de Oviedo, página na Internet, 1998.

¹⁷ HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, p. 615-16, Harvard Law Review, vol. 71, fev., 1958. A “distinção utilitarista” mencionada na passagem é aquela assentada por Austin entre o “direito que é” e o “direito que deve ser”.

¹⁸ ALEXY, *El Concepto y la Validez del Derecho*, p. 51.

¹⁹ RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, p. 182.

²⁰ RADBRUCH, *Op. cit.*, p. 416.

²¹ Em carta a Erik Wolf, de 12 de junho de 1945, Radbruch escreveu: “A viragem (sic) das coisas chega demasiado tarde para mim e só me permite exercer ainda qualquer ação dentro de limites muito restritos. De modo algum aceitarei desempenhar de novo um papel político. Só aceitarei dedicar-me ainda ao desempenho da minha missão profissional: a ciência e a doutrina”.

²² Apud GARCIA AMADO, *Nazismo, Derecho y Filosofia del Derecho*, p.2.

²³ Não obstante, para evitar correntes e equívocas interpretações acerca do positivismo de Kelsen, é oportuno lembrar uma fundamental passagem sua a esse respeito: “Uma teoria positivista do direito não pretende negar a existência da justiça — é preciso insistir sempre nesse ponto —, mas unicamente afirmar que, na realidade, existe um número significativo de normas de justiça diferentes e contraditórias. Não nega que a constituição de um ordenamento positivo possa ser determinada, e com efeito geralmente o é, pela representação de uma qualquer dessas normas de justiça (...). O que uma tal teoria defende é que esses critérios de valoração possuem apenas um caráter relativo e que, de conseguinte, os atos formadores de uma ordem jurídica positiva serão legitimados como justos se valorados com um determinado critério, e, ao mesmo tempo, condenados como injustos se o critério de valoração utilizado for outro”, In *Crítica del Derecho Natural*, p. 101.

²⁴ RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, p. 80.

²⁵ Cf. *Algunos modelos metodológicos de la ciencia del derecho*, Fontamara, 1993.

²⁶ Cf. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978.

²⁷ HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, p. 618.