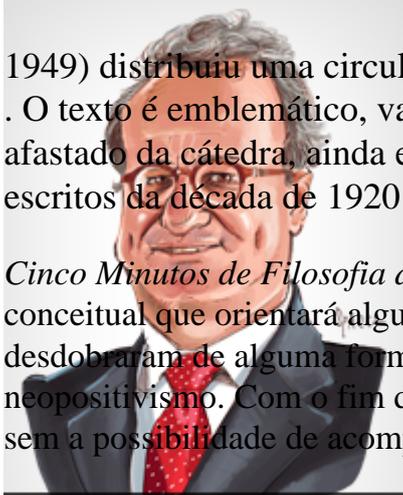


Gustav Radbruch em Cinco Minutos de Filosofia do Direito

Spacca



Na Segunda Guerra Mundial, o jurista alemão Gustav Radbruch (1878-1949) distribuiu uma circular para seus alunos de Direito na Universidade de Heidelberg[1]. O texto é emblemático, vale como alerta, deve ser recebido com o respeito devido a quem foi afastado da cátedra, ainda em 1933, por opor-se ao nazismo, ainda que, bem entendido, em seus escritos da década de 1920 possa se evidenciar uma adesão quase que ilimitada ao positivismo.

Cinco Minutos de Filosofia do Direito é fragmento que supõe retomada do jusnaturalismo, insumo conceitual que orientará algumas linhas jusfilosóficas da segunda metade do século XX, e que se desdobram de alguma forma no neoconstitucionalismo, paradoxalmente também batizado de neopositivismo. Com o fim da guerra, Radbruch dirigiu a Faculdade de Direito em Heidelberg. Morreu sem a possibilidade de acompanhar o trabalho do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha.

O humanismo de Radbruch é também marcado por sua passagem pela Cruz Vermelha, onde atuou como voluntário. Sua ação política foi marcada por militância entre grupos socialistas, bem como por sua atuação como deputado e como ministro de Justiça durante a República de Weimar.

Para Radbruch, “ordens são ordens, é a lei do soldado[2]”. A afirmação, tomada isoladamente, justificaria a posição dos alemães julgados em Nuremberg, e de todos os que foram posteriormente processados, inclusive entre os próprios alemães e no que se refere às próprias consciências[3]. Além do que, continua, “a lei é a lei, diz o jurista”[4]. Explicando o tempo que a Alemanha acabava de viver, isto é, os anos do nacional-socialismo, afirmou que “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[5]”. Concluiu esse primeiro minuto culpando o positivismo pelo pesadelo nazista, do ponto de vista jurídico:

“Esta concepção de 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”[6].

No *segundo minuto* Radbruch criticou outro dogma da filosofia nacional-socialista do direito, para a qual o direito deveria se identificar com uma imaginária utilidade popular. E assim:

“Pretendeu-se completar, ou antes, substituir este princípio por est’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 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”. 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”[7].

A obsessão dos teóricos do nacional-socialismo com a tese de que o Führer revelava em suas ações a *vontade do povo*, o que inclusive fixava um princípio interpretativo do direito (*Führerprinzip*), marcou um populismo chauvinista que subverteu a ordem jurídica e os comprometimentos dessa com os ideais de justiça e de respeito à pessoa humana. Radbruch aproximou direito e justiça na reflexão que tomava o *terceiro minuto*, passo no qual repudia todas as leis que carreguem alguma injustiça:

“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 assassinio 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. Quanto 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”[8].

No *quarto minuto* Gustav Radbruch explicita que o *bem comum* também é finalidade do direito, ainda que, por força de circunstâncias que fogem ao controle daqueles que tem comprometimento com a justiça, não se consiga retirar a juridicidade de normas injustas:

“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 de 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 e 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 até o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados”[9].

No *quinto minuto*, último dessa rápida reflexão, Gustav Radbruch invoca um direito supralegal, protestando por princípios fundamentais que orientam o direito e que transcenderiam o direito positivo, retomando um jusnaturalismo que também nominou de juracionalismo:

“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 cepticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas. Na linguagem da fé religiosa estes mesmos pensamentos acham – se expressos em duas passagens do Novo Testamento. Está escrito numa delas (S. Paulo, Aos romanos, 3,1): “deveis obediência à autoridade que exerce sobre vós o poder”. Mas, numa outra (Atos dos Apost., 5, 29) está escrito também: “deveis mais obediência a Deus do que aos homens”. E não é isto aí, note-se, a expressão dum simples desejo, mas um autêntico princípio jurídico em vigor. Poderia tentar-se resolver o conflito entre estas duas passagens, é certo, por meio de uma terceira, também do Evangelho, que nos diz: “dai a Deus o que é de Deus e a César que é de César”. Tal solução é, porém, impossível. Esta última sentença deixa-nos igualmente na dúvida sobre as fronteiras que separam os dois poderes. Mais: ela deixa afinal a decisão à voz de Deus, àquela voz que só nos fala à consciência em face de cada caso concreto”[\[10\]](#).

Esse pequeno excerto de Radbruch, e que pode ser lido em *cinco minutos*, é permanente convite para uma compreensão humana do Direito, no sentido de que seu reconhecimento dependa prioritariamente do sentido absoluto de justiça que possa qualificar.

Nesse sentido, a guinada de Radbruch para o jusnaturalismo, para alguns uma correção de rota, e para outros a continuidade de uma linha conceitual que se aperfeiçoava e qualificava[\[11\]](#), é sintoma muito nítido de que a apologia ao jusnaturalismo é recorrente em instantes que sucedem a ditaduras, o que poderia identificar no neoconstitucionalismo um roteiro histórico parecido, a exemplo de sua ressonância em países como Espanha, Portugal, Itália, Argentina, Colômbia e, principalmente, no Brasil.

[\[1\]](#) Há versão desse excerto em Radbruch, Gustav, *Filosofia do Direito*, Coimbra: Antonio Amado, 1979, pp. 415-418. Tradução de L. Cabral de Moncada.

[\[2\]](#) Radbruch, Gustav, cit., p. 415.

[\[3\]](#) Conferir, no caso, Kempowski, Walter, *Haben sie dabon gewusst?*, Hamburg: Albrecht Knaus Verlag, 1979.

[\[4\]](#) Radbruch, Gustav, cit., loc. cit.

[\[5\]](#) Radbruch, Gustav, cit., loc. cit.

[\[6\]](#) Radbruch, Gustav, cit., loc. cit.

[\[7\]](#) Radbruch, Gustav, cit., p. 416.

[\[8\]](#) Radbruch, Gustav, cit., loc. cit.

[\[9\]](#) Radbruch, Gustav, cit., p. 416.

[\[10\]](#) Radbruch, Gustav, cit., loc. cit.

[\[11\]](#) Esse tema é objeto de ensaio de Vigo, Rodolfo Luís, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires: La Ley- Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2006.

Date Created

22/06/2014