

GUSTAV RADBRUCH E A FUNDAMENTAÇÃO DE UMA TEORIA RACIONALISTA DOS DIREITOS HUMANOS

Newton de Oliveira Lima¹

Resumo: A fundamentação neokantiana universalista e humanista da jusfilosofia de Radbruch representou um esforço intelectual no pós-II Guerra Mundial que criou uma teoria universal de direitos humanos.

Palavras-chave: neokantismo, direitos humanos, universalismo, valores.

Abstract: The newkantian grounding universalist and humanist of Radbruch's philosophy represented a intellectual effort after Second World War to created an universal theory of human rights.

Keywords: newkantian, human rights, universalism, values.

Sumário: 1. Transformações no pensamento de Gustav Radbruch. 2. Atualização do pensar radbruchiano por Alexy. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. TRANSFORMAÇÕES NO PENSAMENTO DE GUSTAV RADBRUCH

O jusfilósofo Gustav Radbruch, nascido na Alemanha, desenvolveu ao longo da primeira metade do século XX uma Filosofia do Direito de caráter neokantiano, voltada para a construção de valores jurídicos formais e relativos

¹ Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Autor do livro "TEORIA DOS VALORES JURÍDICOS: O NEOKANTISMO E O PENSAMENTO DE GUSTAV RADBRUCH". Recife: FASA, 2009. 227 p.

criados pelo sujeito no âmbito da razão, circunscritos à estrutura positiva do direito, sem caráter universal *a priori*, mas dependente da decisão do poder.

Em meados do século XX, devido à experiência com o positivismo nazista, 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 preso ao valor segurança jurídica de modo prioritário, deixando de lado a justiça e os demais valores jurídicos (liberdade, bem comum etc).

Radbruch resolve o relacionamento dos valores jurídicos como direito positivo no sentido da concretização pragmática oriunda de um reconhecimento histórico de proteção aos direitos humanos.

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).

Para o Radbruch da segunda fase, direitos humanos, expressão atualizada dos direitos naturais, deveriam ser respeitados e efetivados pelo Estado (direito positivo).

Para Radbruch, os direitos naturais são o parâmetro pelo qual dever-se-ão as leis se adequarem, se não quiserem ser banidas do mundo jurídico. Passa a conferir um caráter absoluto e universal aos direitos humanos, ainda que continue a propugnar para os mesmos um caráter de construção racional e formal, dentro da tradição neokantiana.

Este é o jusnaturalismo axiológico do segundo Radbruch, e a reestruturação de seu ideário conjuga-se nessa compreensão de um Direito Natural racional renovado normativamente, atuante socialmente e concretizável axiologicamente.

Tudo isso explica a finalidade da advertência de Radbruch²: “precisamos voltar a refletir sobre os direitos do homem, que estão acima de todas as leis, sobre o Direito Natural, que recusa validade às leis contrárias à justiça (*Erneuerung des Rechts*, 1946).”

Reajustando suas diretrizes de conhecimento filosófico relativistas com um racionalismo mais concreto, isto é, permeado de experiência histórica e das necessidades sociais, Radbruch pôde efetuar essa passagem de uma concepção formal para uma aceção material dos valores, como adverte Larenz³, abre o entendimento dos direitos humanos como valorações como materialmente absolutas para o direito.

O abandono do positivismo pelo Direito Natural de sentido axiológico teve como consequência mais radical a doutrina da subordinação da lei à justiça. Veja-se este “Quinto minuto de Filosofia do Direito” de Radbruch⁴ :

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

Dessa forma, Radbruch atinge o ponto máximo de seu racionalismo jusnaturalista : a afirmativa conclusiva de que nos direitos humanos estão

² RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Trad. de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.p. X.

³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. de José Lamego. Portugal, Lisboa : Fundação Calouste-Gulbenkian, 1989.p. 56.

⁴ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. de Luís Cabral de Moncada. Portugal, Coimbra: Armênio Amado, 1974.p.474.

abrigados em normas supra-estatais, a que qualquer Direito Positivo deve se coadunar, sob pena de ser considerado inválido.

O fato é que a partir da influencia de Radbruch os direitos humanos devem representar um consenso universal que transcenda o aspecto particular e o local das culturas para constituir-se fundamento de um *ethos* de liberdade universal como sobreposição cultural, como coloca Bielefeldt⁵ ao analisar a contribuição da teoria de John Rawls para a formação do consenso em torno dos direitos humanos.

2. ATUALIZAÇÃO DO PENSAR RADBRUCHIANO POR ALEXY

Essa colocação dos direitos humanos num patamar de superioridade em relação ao direito positivo é consequência da aplicabilidade da teoria axiológica ao direito, a qual funda a normatividade no valor fundamental da justiça, como demonstra Azevedo⁶ ao colocar a mediação que a obra de Radbruch representa para o Direito Positivo em relação ao nazismo, o qual, seguindo o positivismo, poderia ser justificado pela valoração da segurança jurídica.

No entanto, na segunda fase do pensamento radbruchiano assomam como primaciais outros valores jurídicos. Leia-se a transcrição do pensamento de Radbruch por Azevedo⁷ :

toda norma jurídica contém um valor, independentemente de seu conteúdo, pois sua simples existência enseja ao menos a segurança jurídica. Mas esta não é nem o único, nem o valor decisivo que cumpre ao Direito realizar. Junto a ela há outros valores que são a conveniência e a justiça.

Por isso, Radbruch critica a ordenação jurídica nazista com fulcro na respeitabilidade e imposição forçosas dos valores jurídicos e dos direitos

⁵ BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Trad. Danwart Bernsmuller. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p.177 ss.

⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.p.64.

⁷ AZEVEDO, 2000, p.64.

humanos supra-estatais, os quais afastam de vez qualquer pretensão positivista de justificar todo totalitarismo, como assevera Azevedo.⁸

A caracterização cabal dessa mudança de fundamentação do Direito encontra-se expressa na substituição do fundamento pragmático do Direito, que antes era concebido no valor da segurança e passou a ser no da justiça. Diz Machado Paupério⁹ :

O grande jurista alemão Gustavo Radbruch também assim encarava a segurança antes do nazismo. Para ele, a segurança era o valor por excelência do direito. Mas, com o nazismo, compreendeu Radbruch que o valor supremo do Estado é a Justiça e não a Segurança.

Com segurança, pode não haver justiça mas sem justiça é impossível não haver, em geral, segurança interna. Com a justiça implantada e mantida, a segurança nasce e decorre naturalmente daquela, que lhe é fonte e razão.

Como assertou também Vasconcelos¹⁰, a adoção de um sistema jusnaturalista implica no mínimo na construção de uma barreira para a proteção do cidadão contra a arbitrariedade do poder constituído expresso no Direito Positivo.

Ora, Radbruch, ao erigir seu jusnaturalismo axiológico tinha precisamente como escopo central a coibição dos desmandos do poder, dada a experiência de vivência dos mesmos durante o regime nazista.

Este, o novo fim da justiça como valor prioritário no âmbito da positividade jurídica e jurisdicional: concretização da igualdade e da proporcionalidade para a efetivação do bem comum (justiça social) e proteção incondicional dos direitos humanos.

⁸ AZEVEDO, 2000, p.65.

⁹ MACHADO PAUPÉRIO, Arthur. **O Estado e a Realidade Nacional**. Rio de Janeiro: Rabaço, 1991.p.120.

¹⁰ VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, Humanismo e Democracia**. São Paulo: Malheiros, 2001.p.45.

Essa priorização material da justiça na segunda fase do pensamento radbruchiano foi uma necessidade histórica e social de respeitabilidade aos direitos humanos a partir do reconhecimento de que só a justiça e o conjunto dos Direitos Humanos postos como prioridade efetivada pelo Estado, seriam capazes de realizar a correta aceção dos direitos humanos que deveriam ser positivados como fundamentais (legais) garantidos às pessoas humanas.

Sem essa diretiva de concreção material, os valores e direitos fundamentais poderiam ser postos em perigo quando da supercrescimento do poder normativo estatal sob a batuta de regimes ditatoriais.

Bem analisando o pensamento radbruchiano, diz Vasconcelos:¹¹

Na posição de jusnaturalista moderado encontra-se Gustav Radbruch, que, após a Segunda Guerra, integra-se ao último surto renascentista do Direito Natural. Contra o antigo dogma da unidade do Direito, que recebera de Karl Bergbohm sua expressão positivista definitiva, passa a admitir a existência de “leis que não são Direito”, por conterem injustiça, e de “Direito por cima das leis”, assim os chamados os Direitos humanos. Desse modo, renega o lema segundo o qual “antes de tudo as hão de cumprir as leis”, que propiciara a Adolf Hitler a criação e manutenção da mais terrível ditadura legal de nossos tempos. Esse nefasto princípio é apontado como responsável pela eliminação das defesas dos juristas alemães para o combate aos abusos da legislação nacional-socialista. Diante de tal situação, afirma Radbruch, “*se quedaba, además, sin posibilidad de fundar tal validez jurídica de las leyes*”, porquanto, “*en la fuerza se puede fundar tal vez una necesidad, nunca un deber y una validez.*”

Robert Alexy¹² apregoa que a tese radbruchiana pode vir a ser atualizada a partir da colocação dos direitos humanos como um critério de

¹¹ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 1996.p.253-254.

correção da aplicabilidade e da valoração do Direito Positivo, e que tal critério se justifica como meio do juiz decidir, em cada caso concreto, da incoerência existente entre o Direito Positivo e os direitos humanos.

Alexy¹³ mostra que, calcado na análise dos pós-positivistas Norbert Hoerster e Herbert Hart, o critério de avaliação que Radbruch busca imprimir ao direito positivo é passível de crítica: primeiro, que depende tal critério ético de uma avaliação subjetiva (posição de um observador), como coloca Hoerster *apud* Alexy¹⁴, que estabelecesse as conexões lógicas entre as normas éticas e as jurídicas a cada caso concreto.

Assim, para Hoerster, seria impossível a erigição de uma conexão lógica necessária e abstrata entre norma jurídica e norma ética, o que desconstrói a estrutura logicista da Escola neokantiana de Marburgo e ataca o formalismo de Radbruch.

Por isso Alexy¹⁵ considerou obscura a fórmula radbruchiana de se adequar o Direito Positivo à finalidade de servir os valores jurídicos e a idéia de Direito. Assim, somente estabelecendo um critério de correção entre positividade (valor segurança jurídica) e eticidade (valor justiça), é que se poderia admitir a tese radbruchiana do julgamento do direito positivo por um direito supra-estatal eticamente valorado.

Como forma de atualizar a teoria radbruchiana e adotar esse critério corretivo, Alexy¹⁶ admite a fórmula de Radbruch somente em casos extremos, de absoluta incompatibilidade do direito positivo com a justiça pela adoção de exigências morais mínimas como critério de correção, é que se poderia invalidar a aplicabilidade de determinada norma positiva em função de considerações de ordem deontológica (dever moral) e dikelógica (estudo da justiça).¹⁷

¹² ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del Derecho**. Trad. de Jorge de Sena. Espanha, Barcelona: Gedisa, 1994.p.33.

¹³ ALEXY,1994, p.35.

¹⁴ ALEXY, 1994, p.35.

¹⁵ ALEXY, 1994, p.40.

¹⁶ ALEXY, 1994, p.53.

¹⁷ Alexy (1994: 53) denomina esse critério de valoração radbruchiano do direito positivo de 'tese débil da vinculação' entre *jus positivum* e *jus iustum*. Como exemplos de concreção dessa tese Alexy(1994: 67) cita várias aplicações da

Diz Alexy¹⁸: “La formula radbruchiana adopta evaluación que básicamente confiere prioridad a la seguridad jurídica y sólo en casos extremos invierte esta jerarquía.”

Alexy¹⁹ preconiza ainda que, a partir do critério crítico do pós-positivismo de que deve haver um observador para a avaliação da pertinência lógica entre positividade e eticidade, ele coloca tal tarefa na função judicial de analisar os casos concretos e concretizar o conteúdo ético mínimo que o direito agrega.

O juiz seria o intérprete em condições de avaliar, através da fundamentação racional e da adoção de um ‘mínimo ético’ as condições de aplicabilidade de determinada norma positiva que “en el transcurso del procedimiento de aplicación, se niega el carácter jurídico.”²⁰

O sentido ético-jurídico a ser adotado pelo juiz na hermenêutica legal não seria outro que a própria vontade de maximizar os direitos humanos fundamentais como conteúdo concreto e positivo a ser efetivado na concretização da positividade jurídica, conforme Alexy.²¹

Uma postura hermenêutica sem dúvida, mas definida previamente sob o conceito e a concepção de um Direito construído a partir de valores estruturantes expressos nos direitos humanos, que garantam um aparato e uma finalidade para o operador do direito em perscrutar o “justo.”

3. CONCLUSÃO

Assim, a teoria radbruchiana de valoração do direito positivo com base em critérios éticos e dikelógicos pode ser resgatada em termos de fundamentação decisória racional, em que o magistrado considere adequado preencher lacunas jurídicas ou mesmo tomar decisões com base em avaliação axiológica e afastar ou reinterpretar a aplicabilidade do direito positivo em certo caso concreto.

teoria radbruchiana: do princípio penal da *nulla poena sine lege* como critério de correção do Direito Penal; dos direitos humanos como metas da concreção do Direito Positivo em geral. Assim fazendo, Alexy (1994: 58) reconhece as deficiências do positivismo, e diz que uma superafetação da segurança jurídica conduz a um fanatismo jurídico.

¹⁸ ALEXY, 1994, p.58.

¹⁹ ALEXY, 1994, p. 67.

²⁰ ALEXY, 1994, p. 48

²¹ ALEXY, 1994, p. 67.

Seguindo a tese radbruchiana, pode-se preconizar que o fundamento axiológico (idéia formal) do Direito 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.

Uma interpretação axiológica os valores jurídicos, que não os trate somente como fundamentos genéricos e formalísticos-ideativos, mas seja sociologicamente concretizante e metodologicamente científico-racional é o que se busca estatuir como “jurisprudência das valorações”²². Outra não é a meta final da teoria sistemática de Gustav Radbruch, a qual, é claro, deve ser atualizada e rediscutida em muitos de seus pontos.

Pela caracterização sempre mais determinante da presença do valor no âmbito do sistema jurídico e pela elaboração de uma organização sistematizada do ordenamento jurídico (que não se resume a ordem legal, como almeja o positivismo) como sistema de coordenação de valorações, Gustav Radbruch foi um precursor do pensamento sistemático axiológico e da jurisprudência das valorações, como bem demonstra Canaris²³.

A assim chamada “jurisprudência das valorações” é na verdade uma tentativa de, a partir da adoção da linha axiológica na construção dos modelos decisórios, fazer com que a estrutura jurídica (normativa e principiológica) seja implementada e concretizada através das valorações do Direito.

Os sistemas positivistas e normativistas, bem como a denominada “jurisprudência dos conceitos”, foram todos impossibilitados de se constituírem enquanto sistemas jurídicos valorativos por seu abstracionismo conceitual ínsito, pois segundo Canaris²⁴ só se pode soerguer um autêntico sistema de

²² AZEVEDO, 2000, p.37.

²³ Canaris em sua obra ‘Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito’, p. 34-35, assera que ao contrário do que preconiza o positivismo, a Ciência do Direito não se limita a estabelecer conexões lógicas entre enunciados normativos e situações concretas numa mera pertinência lógica formal, mas a interpretar hermeneuticamente a norma e, valorando-a, aplicá-la ao caso concreto. Daí porque os valores não podem jamais ser concebidos como entes lógicos(p. 33), mas como seres deontológicos, que imprimem uma vivificação ontológica ao Direito e se prestam a compor a fundamentação meta-jurídica da aplicação normativa, servindo de critério de avaliação do Direito Positivo. Nesse aspecto mais uma crítica ao formalismo lógico de Radbruch é feita, pois realmente o dever-ser do valor é extrínseco à qualquer estrutura formalista- ele é produto de uma concretização social, lingüística e dialeticamente construída.

²⁴ CANARIS, 1996, p.27.

Direito quando nele se impregnam valores efetivamente atuantes e concretizáveis.

Expressão positivada desses valores jurídicos certamente são os direitos humanos, protegidos pelo conjunto de sistemas normativos (tratados e pactos) internacionais e aptos a ser concretizados pela hermenêutica jurídica dentro dessa visão aberta e axiológica do sistema jurídico.

4. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del Derecho**. Trad. de Jorge de Sena. Espanha, Barcelona: Gedisa, 1994.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Trad. Danwart Bernsmuller. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. de A. Menezes Cordeiro. Portugal, Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1996.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. de José Lamego. Portugal, Lisboa : Fundação Calouste-Gulbenkian, 1989.

MACHADO PAUPÉRIO, Arthur. **O Estado e a Realidade Nacional**. Rio de Janeiro: Rabaço, 1991.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Trad. de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Filosofia do Direito**. Trad. de Luís Cabral de Moncada. Portugal, Coimbra: Arménio Amado, 1974.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, Humanismo e Democracia**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 1996.