



O sentido da(s) fórmula(s) de Radbruch: notas sobre uma controvérsia ainda atual

André Luiz Arnt Ramos

Universidade Positivo, Curitiba, PR, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-9010-6698>

Resumo: A(s) Fórmula(s) de Radbruch consiste(m) em importante marco para os desdobramentos da Teoria e da Filosofia do Direito a partir do Segundo Pós-Guerra. Seu alcance e sentido são objeto de acalentados debates pela literatura especializada, na qual se destacam as leituras de Robert Alexy e de Brian Bix. O primeiro sustenta que a(s) Fórmula(s) seria(m), ao mesmo tempo, proposição(ões) acerca do conceito de Direito e prescrição(ões) para a decisão judicial. O segundo, a(s) tem apenas como esta(s) última(s). Júlio Aguiar de Oliveira, após detida análise destas diferentes leituras, desbrava um terceiro caminho, no qual a(s) Fórmula(s) é(são) apenas proposição(ões) acerca do conteúdo do Direito. Defronte a este pano de fundo, o presente trabalho propõe uma re colocação dos termos do debate, a partir do escrutínio dos argumentos apresentados por cada autor, com ênfase às diferentes (e inconciliáveis) perspectivas de que partem. Sugere, ao final, que a consideração do contexto no qual veio a lume o texto continente da(s) Fórmula(s) corrobora a tese de Bix, no sentido de que ela(s) seria(m), ao menos primordialmente, prescrição(ões) à decisão judicial.

Palavras-chave: Fórmula(s) de Radbruch; Direito e Moral; Conceito de Direito; Decisão Judicial.

The significance of Radbruch's formula(s): some remarks on a still contemporary debate

Abstract: Radbruch's Formula(s) is(are) an important landmark for the development of inquiries on Jurisprudence and the Philosophy of Law since the Second Post-War. Their content and reach are subject to remarkable debates in legal scholarship, in which Robert Alexy's and Brian Bix's readings are particularly notable. The first holds that the Formula(s) is(are), simultaneously, claims regarding the concept of Law and prescriptions to judicial decision-making. The latter advocates that the Formula(s) is(are) solely directed to decision-makers. Júlio Aguiar de Oliveira, after detailed scrutiny of these arguments, suggests a third interpretation, according to which the Formula(s) is(are) only conceptual claims. The present article, in this scenario, addresses the terms of this debate, departing from a panoramic analysis of the stakes of each argument, while emphasising their different (and irreconcilable) perspectives. It sustains, at last, that the context in which the Formula(s) was(were) first enunciated strongly corroborate Bix's thesis, in the sense that it(they) is(are), at least primarily, prescriptions to judicial decision-making.

Key-words: Radbruch's Formula(s); Law and Morality; Concept of Law; Judicial Decision.

Introdução

Gustav Radbruch é um dos grandes expoentes da Filosofia do Direito no contexto Europeu-Continental do Pós-Guerra, não apenas pela singularidade de suas contribuições¹, como também pelo forte impacto que duas assertivas acerca da extrema injustiça tiveram nos desdobramentos da disciplina havidos desde o fim da primeira metade do século XX.

Radbruch foi Ministro da Justiça nos primeiros anos da República de Weimar, tendo desempenhado papel importante na renovação do Direito Penal e no desenrolar de temas socialmente sensíveis². Além disso, foi professor na Universidade de Heidelberg, até a ascensão do Nacional-Socialismo, que o afastou da cátedra por doze anos, ao argumento de que era politicamente problemático. Radbruch a retomou logo em 1945, com a derrocada daqueles. Nos quatro anos que intermediaram este retorno e sua morte, o autor escreveu diversos textos combativos ao Positivismo Jurídico, os quais fizeram com que “na Alemanha e alhures, Radbruch se tornasse conhecido como uma das lideranças do que depois se mostrou um pouco longo renascimento do Direito Natural na Alemanha do Pós-Guerra”³.

Dentre suas breves, mas notáveis últimas contribuições, Radbruch formulou, no conhecido *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), duas assertivas que posteriormente vieram a ser conhecidas como “Fórmulas de Radbruch”. Elas foram lançadas no contexto da demonstração de que as máximas “a lei é a lei” e “uma ordem é uma ordem”, associadas ao Positivismo Jurídico, serviram à plácida subserviência do Direito Alemão aos propósitos suprematistas do *III Reich*. Sua redação original, em tradução livre, dá conta de que:

O conflito entre Justiça e Segurança Jurídica deve ser resolvido de modo que o Direito positivo, assegurado pela legislação e pelo poder, prevaleça mesmo quando seu conteúdo seja injusto e falhe em beneficiar as pessoas, salvo se o conflito entre a lei escrita e a justiça alcançar um grau de inaceitabilidade grande o suficiente para que a aquela, por ser viciada, deve ceder perante a justiça⁴.

¹ Muito se especula acerca de uma mudança de perspectiva na obra de Radbruch, que, para alguns, seria adepto do Positivismo Jurídico até a ascensão do Nazismo e, depois, teria feito uma espécie de confissão de culpa, para propagar postura anti-positivista. Este ponto será tangenciado no desenrolar do texto. O decisivo, de todo modo, é que a alteração mais facilmente perceptível e impactante na perspectiva do autor é que “como um componente da ideia de Direito, o valor da justiça não é completamente desprovido de amarras substantivas” (Tradução livre. No original: “as a component of the idea of law, the value of justice is not completely devoid of substantive constraints”. SOMEK, A. German Legal Philosophy and Theory in the Nineteenth and Twentieth Centuries. In: PATTERSON, D. (Ed). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. 2ª ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2010. p. 345).

² Cf., para um breve panorama: QUINT, P. E. Judging the Past: The Prosecution of East German Border Guards and the GDR Chain of Command. **The Review of Politics**, Cambridge, v. 61, n. 2, p. 303-329, primavera de 1999. p. 314 e ss.

³ Tradução livre. No original: “in Germany and abroad, Radbruch became known as the leading force in what proved to be a short-lived renaissance of natural law thinking in post-War Germany” (PAULSON, S. L. Radbruch on unjust laws: competing earlier and later views? **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 15, n. 3, p. 489-500, outono de 1995. p. 489.

⁴ Tradução livre. No original: “Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Mass erricht, dass das Gesetz als ‘unrichtiges Recht’ der Gerechtigkeit zu weichen hat“. (RADBRUCH, G. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. **Süddeutsche Juristen-Zeitung**, Tübingen, v.1, n. 5, 1946. p. 107).

Onde [sic] não exista sequer uma tentativa de justiça, onde [sic] a equidade, o cerne da justiça, é deliberadamente traída na edição de uma lei escrita, esta não é apenas uma lei viciada; ela carece totalmente da própria natureza do Direito. Isto porque o direito, inclusive o direito positivo, só pode ser definido como um sistema e uma instituição cujo significado é servir à justiça⁵.

Entre os expoentes da Filosofia do Direito desde então, surgiram diversas leituras do sentido primordial destas fórmulas, a exemplo das esposadas por Brian Bix, Herbert Hart e Robert Alexy – esta preocupação de autores de tão diversos matizes com o assunto se deve a sua inserção no vetusto, mas também atual, problema atinente às relações entre Direito e Moral⁶. O primeiro sustenta que a(s) Fórmula(s) nada diria(m) acerca do conceito ou do conteúdo do Direito; antes, seria(m) apenas *prescrição(ões) para a decisão judicial*⁷; o segundo – cujas contribuições ao debate não serão verticalizadas nas páginas seguintes, pelo recorte proposto adiante, condizente à oposição contemporânea entre as leituras que Brian Bix e Robert Alexy fazem da(s) Fórmula(s) – a(s) tem como expressão(ões) de um perigoso e ingênuo otimismo relativamente às tensões entre Direito e Moral (ou *entre o que o direito é e como ele deve ser*)⁸, que pouco ou nada diria acerca do conteúdo do Direito, conforme antecipado pelos utilitaristas⁹; o terceiro, enfim, a(s) toma como *proposições acerca do conceito de Direito, além de prescrição(ões) para a decisão judicial*¹⁰.

⁵ Tradução livre. No original: “*wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positive Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‘unrichtiges Recht’, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als seine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen*” (RADBRUCH, G. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht...*, p. 107).

⁶ Este tema encontra importantes desdobramentos não apenas nas obras dos autores aqui tangenciados, mas também em pensadores da envergadura de Finnis e Raz, aqui postos a parte em função do recorte proposto.

⁷ Cf., a propósito: BIX, B. H. Radbruch’s formula and conceptual analysis. **The American Journal of Jurisprudence**, Notre Dame, v. 56, p. 45-57, 2011, *passim*; e BIX, B. H. Robert Alexy, Radbruch’s Formula, and the Nature of Legal Theory. **Rechtstheorie**, Berlin, n. 37, p. 139-149, 2006. *passim*.

⁸ Hart, ao endereçar a(s) Fórmula(s) de Radbruch, diz: “o vício deste emprego do princípio de que, em certos pontos limítrofes, aquilo que é totalmente imoral não possa ser jurídico, consiste no acobertamento da real natureza do problema que se nos apresentam e encoraja o otimismo romântico de que todos os valores que celebramos se afeiçoarão, ao final, em um único sistema, de modo que nenhum deva ser sacrificado ou comprometido para acomodar o outro”. Tradução livre. No original: “*The vice of this use of the principle that, at certain limiting points, what is utterly immoral cannot be law or lawful is that it will serve to cloak the true nature of the problems with which we are faced and will encourage the romantic optimism that all the values we cherish ultimately will fit into a single system, that no one of them has to be sacrificed or compromised to accommodate the other*” (HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958. p. 620). Diante disto, conclui: Ao cabo, “a descrição da interpretação do Direito que sugira a unidade ou a impossibilidade de separar o que ele é do que deve ser serve apenas para encobrir o fato de que vivemos em meio a incertezas acerca das quais temos que escolher, e que o Direito vigente não impõe a escolha propriamente dita, mas limita a ela”. Tradução livre. No original: “*To use in the description of the interpretation of laws the suggested terminology of a fusion or inability to separate what is law and ought to be will serve (like earlier stories that judges only find, never make, law) only to conceal the facts, that here if anywhere we live among uncertainties between which we have to choose, and that the existing law imposes only limits on our choice and not the choice itself*” (HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals... p. 629).

⁹ Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2ª Ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 210-212.

¹⁰ Cf. ALEXY, R. **The Argument from Injustice**: a reply to legal positivism. Tradução de Steven Paulson e Bonnie Paulson. Oxford: Clarendon Press, 2003 e ALEXY, R. Uma defesa de la Fórmula de Radbruch. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade de Coruña**. [online]. Disponível na Internet via: <<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/?sequence=1>>. Última consulta em 28.01.2018.

Outros autores, como Lon Fuller, também expuseram interpretações próprias¹¹, as quais, ressalvadas eventuais particularidades, podem ser encaixadas em uma das três perspectivas indicadas.

A comunidade jurídica brasileira, quiçá pela latente inexistência de uma *Escola* jusfilosófica em sentido próprio, carece de contribuições autênticas relativamente a este importante tema do campo das investigações jurídicas contemporâneas. Exceção eloquente é estudo de Júlio Aguiar de Oliveira, publicado sob o título *A injustiça extrema e o conceito de Direito*, no qual propõe uma leitura autêntica, mais avizinhada à de Alexy, no sentido de que a(s) Fórmula(s) seria(m) *elemento do conceito de Direito*.

Muito embora bem articulada e consistente com seus pressupostos e critérios de avaliação, a proposta de Oliveira pode ser contrastada com análise do sentido da(s) Fórmula(s) por viés tangenciado por Bix, mas não explorado a fundo pelos estudiosos do tema: o da análise do contexto histórico e político-jurídico em que se encontrava Radbruch quando da escrita de *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. O escrutínio deste aspecto das formulações em questão permite lançar novas luzes sobre seu sentido e alcance, de modo a testar o acerto das leituras propostas por Alexy, Bix e Oliveira. Isto é fundamental ao Direito Brasileiro contemporâneo, sobretudo pela centralidade que aspectos da obra de Alexy – da qual a(s) Fórmula(s) é(são) aspecto fundamental – tem, ainda que usualmente sem o necessário aprofundamento, na comunidade jurídica brasileira em geral, bem assim pela crescente difusão de ideários ditos “Pós-Positivistas” – é dizer, via de regra contrários a um ou mais dos pressupostos do Positivismo Jurídico, dentre os quais se destaca a assepsia do Direito relativamente à Moral.

Robert Alexy: a(s) Fórmula(s) de Radbruch como proposições acerca do conceito de Direito e prescrição(ões) endereçada(s) à decisão judicial

Robert Alexy funda sua Teoria do Direito sobre dois alicerces: a *pretensão de correção* e o *argumento da injustiça*, ambos intimamente relacionados à(s) Fórmula(s) de Radbruch¹². Assim:

¹¹ Fuller espousa os argumentos de Radbruch, mas não subscreve à existência de uma ordem jurídica superior (“*higher law*”). Antes, em correspondência a sua famosa tese acerca da inata moralidade do Direito (cf. FULLER, L. **The Morality of Law**. Edição revista. New Haven: Yale University Press, 1969. p. 106-118), sugere que: “se a jurisprudência alemã tivesse se preocupado mais com a ínsita moralidade do Direito ela não necessariamente teria que invocar qualquer noção desta ordem ao afastar as mais absurdas leis Nazistas. Para mim, não há nada chocante em dizer que uma ditadura que se reveste de um toque de forma jurídica possa se afastar da moralidade desta ordem, da moralidade ínsita ao próprio Direito, a ponto de deixar de ser um sistema jurídico. (...) Portanto, as noções de ‘ordem superior’, que são um justificável motivo para alarme, podem, elas mesmas, ser um fruto tardio do positivismo jurídico alemão”. Tradução livre. No original: “*if German jurisprudence had concerned itself more with the inner morality of law, it would not have been necessary to invoke any notion of this sort in declaring void the more outrageous Nazi statutes. To me there is nothing shocking in saying that a dictatorship which clothes itself with a tinsel of legal form can so far depart from the morality of order, from the inner morality of law itself, that it ceases to be a legal system. (...) Hence these notions of ‘higher law’, which are a justifiable cause of alarm, may themselves be a belated fruit of German legal positivism*” (FULLER, L. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 71, n. 4, p. 630-672, fev. 1958. p. 659-660).

¹² A duplicidade da Fórmula, que suscita sua efetiva separação em duas enunciações na obra de Bix, é tangenciada por Alexy, embora ele não deixe de se referir a elas no singular, como *Fórmula* de Radbruch: “É fácil apreciar que esta fórmula tem duas partes. Na primeira parte, diz-se que as leis positivas perdem sua validade jurídica se sua contradição com a justiça alcançar uma medida intolerável. Isso pode ser designado como a ‘fórmula da intolerância’. Na segunda parte, nega-se a natureza jurídica às leis positivas se, em seu estabelecimento, a igualdade for ‘conscientemente negada’. (...) A isto se pode nomear ‘fórmula da negação’”. Tradução livre. No original: “*Es fácil apreciar que esta fórmula consta de dos partes. En la primera parte se dice que*”.

A base do meu argumento consiste na tese de que o direito necessariamente levanta uma pretensão de correção, e que essa pretensão compreende uma pretensão de correção moral. Essa pretensão de correção é a fonte de uma relação necessária entre o direito e a moral¹³.

A *necessária relação entre Direito e Moral*, malgrado duramente criticada por expoentes de outros setores da Filosofia do Direito¹⁴, é a pedra de toque da *Teoria Não-Positivista* delineada por Alexy. Dela é que se deduz a dupla natureza do Direito, cindida em dimensões fática e ideal ou crítica, sendo que “o aspecto fático se revela nos elementos definidores da legalidade conforme ao ordenamento e da eficácia social, e o ideal, no da correção moral”¹⁵ – eis, então, o argumento da pretensão de correção. Neste diapasão e segundo Alexy, para responder afirmativamente à dita necessidade da relação entre Direito e Moral, “seria necessário mostrar que o caráter jurídico é subtraído quando normas ou sistemas normativos passam de um limite de injustiça (*Unrecht*). É precisamente esta tese que eu chamo de ‘argumento da injustiça’”¹⁶. Este argumento, que compartilha sentidos com o da pretensão de correção, testilha com a segurança jurídica e com a eficácia social, hauridas da positividade do Direito, e conforma, juntamente com aqueles, os elementos constitutivos do conceito de Direito em Alexy (e também em Radbruch):

Tão logo correção moral ou justiça são adicionadas à proclamação autorizada e à eficácia social como um terceiro elemento necessário do conceito de direito, a figura muda fundamentalmente. Um conceito não-positivista de direito emerge. Assim, a tensão entre segurança jurídica e correção, como uma parte integral da tese da dupla natureza, é uma expressão do conceito não-positivista de direito¹⁷.

As tensões entre Segurança Jurídica e Justiça, sumarizadas pela(s) Fórmula(s) de Radbruch, portanto e no contexto da obra de Alexy, integram o conceito de Direito. Mas há, também, um sentido mais imediatamente prático para as enunciações de Radbruch, o qual se desvela precisamente no jogo de

las leyes positivas pierden su validez jurídica si su contradicción con la justicia alcanza una ‘medida insoportable’. Esto puede ser designado como la ‘fórmula de la intolerancia’. En la segunda parte, se niega la naturaleza jurídica a las leyes positivas si en su establecimiento es ‘negada conscientemente’ la igualdad (...). Esto se puede denominar la fórmula de la negación” (ALEXY, R. Una defensa de la Fórmula de Radbruch... p. 76).

¹³ ALEXY, R. As dimensões real e ideal do Direito, In: TRIVISONNO, A. T. G. *et al.* (Orgs.). **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**... p. 130. As críticas dirigidas contra a pretensão de correção são respondidas por Alexy mediante enunciação de vinte e oito regras discursivas, em sua Teoria da Argumentação Jurídica, com a qual propõe sua Teoria Discursiva do Direito. Cf.: ALEXY, R. **Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

¹⁴ Importante exemplo é o debate entre Alexy e Bulygin, que será mencionado adiante.

¹⁵ Tradução livre. No original: “El aspecto fáctico se refleja en los elementos definitorios de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social, y el ideal en el de la corrección moral” (ALEXY, R. Los principales elementos de mi filosofía del derecho. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 32, p. 67-84, 2009. p. 68).

¹⁶ Tradução livre. No original: “one must show that legal character is forfeited when norms or systems of norms cross a certain threshold of injustice (*Unrecht*). It is precisely this thesis that I shall call the ‘argument from injustice’” (ALEXY, R. **The Argument from Injustice: a reply to legal positivism**... p. 28).

¹⁷ Tradução livre. No original: “As soon as moral correctness or justice are added to authoritative issuance and social efficacy as a third necessary element of the concept of law, the picture changes fundamentally. A non-positivistic concept of law emerges. Thus, the tension between legal certainty and correctness, as an integral part of the dual nature thesis, is an expression of a non-positivistic concept of law” (ALEXY, R. Legal Certainty and Correctness. **Ratio Juris**, New Jersey, v. 28, n. 4, p. 441-451, dez. 2015. p. 442).

tensões entre o *princípio formal*¹⁸ da segurança jurídica e o *princípio material* da justiça, a demandar uma ponderação¹⁹ que *deve* – aqui está o caráter normativo ou prescritivo – ser realizada pelo Juiz diante de circunstâncias fático-jurídicas timbradas pela extrema injustiça. Assim:

Como a fronteira da injustiça extrema se relaciona com os princípios da segurança jurídica e da correção substantiva ou justiça, e como essa relação conta como um argumento para arrostar tanto a segurança jurídica quanto a justiça em vez de referir exclusivamente à segurança jurídica? A resposta começa com a tese de que esta relação é determinada pelas duas leis básicas do balanceamento, a lei dos princípios colidentes e a lei da ponderação²⁰.

O autor, então, analisa diversos cenários da tensão entre os princípios em comento (P1 = segurança jurídica; P2 = justiça) relativamente a uma norma jurídica Q, mediante emprego dos operadores de preferência (P), de implicação (\rightarrow) e de negação (\neg), nas circunstâncias C1 e C2, equivalentes a injustiça e à extrema injustiça de uma norma, respectivamente, em desdobramentos sintetizados²¹ pelo quadro sinótico:

$(P_1 P P_2) C_1$
$(P_2 P P_1) C_2$
$C_1 \rightarrow Q_1$
$C_2 \rightarrow \neg Q_2$

¹⁸ “Princípios formais são princípios. (...) A *differentia specifica* dos princípios materiais é que seus objetos de otimização são determinados conteúdos (...). Em contraste, os objetos de otimização de princípios formais são decisões jurídicas, independentemente de seus conteúdos. Princípios formais exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada” (ALEXY, R. Princípios Formais. In: In: TRIVISONNO, A. T. G. *et al.* **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito...** p. 13).

¹⁹ A própria ideia de ponderação é pungentemente questionada pela literatura especializada, a exemplo da crítica de Andres Botero: “Segundo a visão moderada do constitucionalismo [propugnada por Alexy], quando estão em choque dois ou mais princípios, exige-se uma ponderação que termina com uma regra de precedência, que é a que efetivamente se aplica, ou quando se deseja aplicar um princípio, é necessário recorrer às regras para estabelecer tanto o pressuposto de fato como a consequência jurídica, pelo que somente se aplicam regras ao final” (BOTERO, A. **Estudos de História e Filosofia do Direito**. Trad. Aberto K. Arbex, André K. Trindade, Danielle Regina W. de Araújo, Francisco Codorniz e Gilberto M. de Almeida. Curitiba: Juruá, 2013. p. 195). Isso, na visão do autor, traduz-se como uma ratificação do formalismo, “posto que com as regras, segundo Alexy e não segundo muitos positivistas do século XX, há apenas um ‘tudo ou nada’, e se só se aplicam regras ratificadas pelos princípios ao fim e ao cabo, então tudo caberia no ‘tudo ou nada’” (BOTERO, A. *Crítica da concepção de sistema jurídico e razão prática de Robert Alexy ...* p. 196). “Alexy, no fundo, quer se posicionar em teses moderadas, mas isto pode permitir (...) juízos que, uma vez desenvolvidos, terminariam por declarar a inutilidade de um dos dois extremos em que se partem, as regras ou os princípios. Esse afã eclético é importante politicamente (...), mas leva a vários defeitos no acadêmico” (BOTERO, A. **Estudos de História e Filosofia do Direito...** p. 196-7).

²⁰ Tradução livre. No original: “How is the threshold of extreme injustice related to the principles of legal certainty and substantive correctness or justice, and does this relation count as an argument for engaging both legal certainty and justice instead of referring exclusively to legal certainty? The answer begins with the thesis that this relation is determined by the two basic laws of balancing, the law of competing principles and the law of balancing” (ALEXY, R. *Legal Certainty and Correctness...* p. 445).

²¹ O autor explica mais detidamente as etapas de seu raciocínio em ALEXY, R. *Legal Certainty and Correctness...* p. 445.

A ponderação mencionada por Alexy, mesmo diante da diferente qualidade dos princípios colidentes (um formal e outro material), operaria mediante emprego de sua fórmula do peso, cuja versão completa foi recentemente refinada para ostentar a expressão²²:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{I_j \cdot W_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

A síntese formular reclama atribuição de valores numéricos a cada variável, o que se atende mediante proposição de uma escala triádica não-contínua, graduada em valores *leve* (2^0), *médio* (2^1) e *grave* (2^2), e *confiável/certo* (2^0), *plausível* (2^{-1}) e *não evidentemente falso* (2^{-2})²³. O resultado prático da fórmula é, ao final, estabelecido em contraste ao número 1. Assim, se o quociente for menor que 1, o primeiro princípio precede ao segundo (no caso da tensão entre segurança jurídica e justiça, a segurança venceria); se maior que 1, o segundo princípio precede ao primeiro (no conflito em análise, prevaleceria a correção, dada a gravidade extrema da injustiça); e equivalente a 1, ter-se-ia um dilema, conforme ilustração:

$W_{i,j} > 1 \rightarrow (P_i \mathbf{P} P_j)C$
$W_{i,j} < 1 \rightarrow (P_j \mathbf{P} P_i)C$
$W_{i,j} = 1 \rightarrow \neg(P_i \mathbf{P} P_j)C \ \& \ \neg(P_j \mathbf{P} P_i)C$

Deste modo, o aparente abalo à Segurança Jurídica devido à precedência condicional da Justiça diante de *injustiça extrema*, “é imediatamente mitigado pelo fato de que a decisão judicial introduz uma nova regra provendo segurança jurídica para o futuro”²⁴. É, pois, o Juiz que procederá à ponderação dos princípios colidentes diante de uma circunstância específica, e que *deverá* decretar a prevalência da Justiça, deixando de aplicar a norma extremamente injusta, desprovida, tanto e, portanto, de caráter jurídico. Daí se deduz, então, que a(s) Fórmula(s) é(são), também, prescrição(ões) à decisão judicial.

Brian Bix: a(s) Fórmula(s) de Radbruch como prescrição(ões) endereçadas à decisão judicial

Brian Bix, em *Radbruch's Formula and Conceptual Analysis*, após traçar um breve histórico da(s) Fórmula(s) radbruchianas, endereça o problema da inteligência daquela(s) como proposições acerca da natureza do Direito. Assim:

²² Nela, W equivale ao peso concreto do princípio P_i em relação o princípio colidente P_j ; I significa intensidade da interferência; e R exprime a Certeza (*reliability*) das suposições epistêmicas “ e ” e normativas “ n ” envolvidas no juízo de ponderação. Cf.: ALEXY, R. Princípios Formais. In: In: TRIVISONNO, A. T. G. *et al.* **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito...** p. 11).

²³ Para explicação pormenorizada, v. ALEXY, R. Princípios Formais. In: TRIVISONNO, A. T. G. *et al.* **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito...** p. 11-12 e ALEXY, R. Die Gewichtsformel. *GreifRecht*, Greifswald, v. 10, p. 69-78, outubro de 2010, *passim*.

²⁴ Tradução livre. No original: “[This loss, however,] is immediately mitigated by the fact that the judicial decision introduces a new rule providing for legal certainty in the future” (ALEXY, R. Legal Certainty and Correctness... p. 446).

A questão é até que ponto a(s) Fórmula(s) de Radbruch deve(m) ser considerada(s) como não direcionada(s), ou não *primariamente* direcionada(s), a debates sobre a natureza do direito, mas como direcionadas (primariamente) a questões sobre como juízes devem decidir casos²⁵.

Em Robert Alexy, *Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory*, Bix reformula a questão, em termos que evidenciam o *porquê* de sua inquietação a respeito:

A Fórmula de Radbruch como uma *teoria do direito* (ou como um ponto central de uma teoria do direito) é completamente diferente de sua tomada como instruções ao juiz, e as duas afirmações devem ser avaliadas, diferentemente, conforme seus próprios méritos. (...) A que ponto pode (ou deveria, ou deve) uma teoria do direito ter implicações para a resolução de disputas no mundo real? Aqui, teóricos oferecem uma grande variedade de respostas, as quais podem ser consideradas em um espectro. Em um extremo, Ronald Dworkin parece argumentar que a teoria do direito de cada juiz sempre tem impacto na resolução de casos individuais. Alexy parece defender uma posição intermediária, de modo que a teoria do direito – ou, ao menos, a teoria do direito por ele sustentada – é decisiva em um pequeno número de casos, tendo pouco ou nenhum efeito nos demais. No outro extremo está a visão que eu advoguei alhures: que a teoria do direito de determinado sujeito tem (ou deveria ter) nenhum efeito na resolução de casos individuais²⁶.

A questão, portanto, é mais profunda que uma simples disputa acerca do sentido da(s) Fórmula(s). Ela alcança o próprio âmago da vocação da Teoria do Direito: se predominantemente descritiva, à moda dos Positivismos, ou prescritiva, na linha propugnada por autores autoproclamados “anti-positivistas” ou “pós-positivistas”.

Não é demais recordar, a propósito, que os Positivismos têm, como diretrizes fundamentais, o ceticismo ético e postura ideológica declaradamente avessa à contaminação do Direito pela Moral – mesmo no positivismo inclusivo, que a admite *na medida em que* as fontes sociais a reconheçam²⁷. Assim,

²⁵ Tradução livre. No original: “*The question is to what extent the Radbruch Formula(s) should be considered as not directed, or not primarily directed, towards debates about the nature of law, but rather directed (primarily) towards questions about how judges should decide cases.*” (BIX, B. H. Radbruch’s formula and conceptual analysis... p. 52).

²⁶ Tradução livre. No original: “*The Radbruch formula as a theory of law (or as central to a theory of law) is entirely a separate claim from the formula as instructions to a judge, and the two claims must be evaluated, differently, on their own merits. (...) To what extent can (or should, or must) a theory of law have implications for the resolution of real-world legal disputes? Here theorists have offered a wide variety of answers, which might be considered along a spectrum. At one extreme, Ronald Dworkin seems to argue that a judge’s legal theory always has an impact on the resolution of individual cases. Alexy seems to hold a middle position, such that legal theory – or at least the particular legal theory that he is advocating – is decisive in a small number of cases, but otherwise has little or no effect. At the other extreme is the view I have advocated elsewhere: that one’s theory of law has (or should have) no effect on the resolution of particular cases*” (BIX, B. H. Robert Alexy, Radbruch’s Formula, and the Nature of Legal Theory... p. 143).

²⁷ Os contrastes entre positivismos inclusivo e exclusivo são assim sumarizados por Bix: “O debate entre os dois campos envolve uma diferença na interpretação ou elaboração de um ponto central do positivismo jurídico: o de que não há uma *necessária* conexão conceitual entre Direito e Moral. O positivismo exclusivo (...) interpreta ou elabora esta asserção para dizer que critérios morais não podem ser condições suficientes ou necessárias para o *status* jurídico de uma norma. (...) O positivismo inclusivo (...) interpreta a separação entre Direito e Moral diferentemente, argumentando que conquanto não haja um conteúdo moral *necessário* nas normas (ou sistemas) jurídicos, um sistema jurídico particular pode, por convenção, fazer com que critérios morais sejam necessários ou suficientes para validade em seus respectivos limites” (Tradução livre. No original: “*The debate between the two camps involves a difference in interpreting or elaborating one central point of legal positivism: that there is no necessary or ‘conceptual’ connection between law and morality. Exclusive legal positivism (...) interprets or elaborates this assertion to mean that moral criteria can be neither sufficient for necessary conditions for the legal status of a norm. (...) Inclusive legal positivism (...)*”

“qualquer que seja o conteúdo das normas de direito positivo, este tem validade ou força obrigatória e suas disposições devem necessariamente ser obedecidas”²⁸, de modo que os juízes devem assumir posição moralmente neutra e concorde ao que está posto.

Desde o prisma conceitual, isso implica dizer que, desde a ótica positivista-inclusiva sustentada por Bix, é admissível a tomada de “princípios morais como uma parte do Direito – parte do Direito *porque* assim identificada pela regra convencional de reconhecimento do sistema jurídico”²⁹. Assim – e no limite –, a(s) Fórmula(s) careceriam do caráter universalista almejado por uma Teoria do Direito; antes, limitar-se-iam aos confins de um particular ordenamento jurídico. Não se afigurariam, via de consequência, como elemento do conceito de Direito.

A provocação de Bix quanto à leitura da(s) Fórmula(s) como prescrição(ões) para a decisão judicial principia, entretanto, pelo mais simplório argumento contextual de que “decisões judiciais (...) são o contexto para a introdução da(s) Fórmula(s) por Radbruch (...), e decisões comparáveis tomadas por Cortes da Alemanha unificada (...) são o contexto para algumas das discussões de Alexy sobre sua versão dela(s)”³⁰. Por outras palavras: argumenta-se que se a(s) Fórmula(s) não fosse(m) prescrição(ões) para a decisão judicial, não seria(m) abordada(s) apenas em relação a decisões judiciais. Este argumento circunstancial, o qual o próprio Bix apresenta como *superficial*, a rigor, serve para corroborar a mensagem de que o teórico do Direito não deve se deixar contaminar por preferências morais no desempenho de sua função descritiva, pois, se o fizesse, faria Política em vez de Teoria³¹. É dizer: coloca-se menos como um *porquê* para a leitura da(s) Fórmula(s) como prescrição(ões) para a decisão judicial, e mais como uma crítica aos que a tomam como proposição acerca do conteúdo do Direito.

Um segundo argumento apresentado, já não mais no nível da superfície, é de que a tomada da(s) Fórmula(s) como proposições acerca do conceito de Direito exigiria que elas tivessem compreensão universal – abrangente, portanto, de todos os ordenamentos jurídicos existentes e possíveis. Isto, no entanto, não seria demonstrável, pois seu alcance estaria à mercê dos critérios de validade de cada ordenamento

*interprets the separation of law and morality differently, arguing that while there is no necessary moral content to a legal rule (or a legal system), a particular legal system may, by conventional rule, make moral criteria necessary or sufficient for validity in that system” – BIX, B. Legal positivism. In: GOLDING, M. P. e EDMUNSON, W. A. **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford: Blackwell, 2006. p. 36-37).*

²⁸ Tradução livre. No original: “cualquiera que sea el contenido de las normas del derecho positivo, éste tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser necesariamente obedecidas” (NINO, C. S. **Introducción al análisis del derecho**. 2ª Ed., ampliada e revista. 12ª reimpressão. Buenos Aires: Astrea, 2003. p. 32).

²⁹ Tradução livre. No original: “moral principles as a part of law – part of law because so identifies by the conventional rule of recognition within the legal system” (BIX, B. *Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate*. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Cambridge, v. XII, n. 1, p. 17-33, 1999. p. 20).

³⁰ Tradução livre. No original: “judicial decision-making (...) is the context for Radbruch’s introduction of his Formula(s) (...), and comparable decisions made by the courts in a unified German (...) is the context for some of Alexy’s discussion of his version of the Radbruch Formula.” (BIX, B. H. *Radbruch’s formula and conceptual analysis...* p. 52).

³¹ Acerca do papel da Teoria do Direito na acepção positivista, cf. ROSS, A. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Tradução de Genario Carrió. Buenos Aires: EUDEBA, 1963. p. 46-47.

particular³². A isto, o autor acrescenta ainda uma terceira colocação:

Como um proponente da(s) Fórmula(s) de Radbruch responderia a um juiz que aplicou uma norma extremamente injusta (sem, antes, usar o teste de Radbruch)? Uma possibilidade seria que o seguidor de Radbruch dissesse que a extrema injustiça da norma aplicada pelo juiz faria com que ela não fosse uma norma jurídica válida. Contudo (...) juízes frequentemente aplicam normas que não são válidas em seus sistemas jurídicos (por exemplo: normas morais extra-jurídicas). Mas, claramente, não é a isso que Radbruch queria chegar: ele queria que os juízes *não* aplicassem tais normas injustas. (...) O argumento de Radbruch (entendido por todos seus intérpretes) é de que juízes *não devem aplicar essas normas*. Daí a conclusão de que Radbruch está, basicamente, oferecendo uma prescrição para a decisão judicial, não uma proposição conceitual (ou teórica) aplicável a todos os (possíveis) sistemas jurídicos³³.

Para além do escopo não universalista da(s) Fórmula(s), o qual, por si só, já bastaria para elidir sua caracterização como proposições acerca do conceito de Direito, Bix chama atenção para a diferença existente entre o binômio validade-invalidade de normas jurídicas e sua aplicação ou não a determinada disputa, sobretudo ao argumento da injustiça extrema, já que *Justiça*, embora possa ser uma questão objetiva, dá margem para pungentes desacordos³⁴ – a propósito, Ross, ao combater teses contrárias a sua definição de Justiça como exigência de racionalidade³⁵, registra que “*Invocar a justiça é como dar um golpe sobre a mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto*”³⁶.

Além do mais e muito embora haja uma tendência da literatura em enaltecer o anti-positivismo em Radbruch ao menos desde o Pós-Guerra, com ou sem o abandono de uma perspectiva legalista, o autor, mesmo antes da derrocada do Nacional-Socialismo, esposava a tese da vinculação do Juiz ao Direito, sem explicitar a confusão (que lhe é atribuída) de “Direito” com “Direito positivo”. Isto, na leitura de Paulson, teria ficado claro em texto datado de 1947, no qual Radbruch aborda o sentido da expressão “Lei e Direito” (*Recht und Gesetz*), constante da Lei Fundamental de Bonn relativamente aos limites à atividade jurisdicional. Com este texto:

Radbruch expressamente caracteriza o positivismo jurídico em termos de positivismo legalista, e em linguagem que sugere que ele teria sido um proponente desta visão. A única explicação, creio, é que ele estava tentando dar conta do modo com que seus contemporâneos efetivamente liam a doutrina da vinculação do juiz, nomeadamente como algo que implicava o positivismo legalista. Mas o próprio Radbruch, como argumentei,

³² Cf. BIX, B. Radbruch's formula and conceptual analysis... p. 52.

³³ Tradução livre. No original: “*How would a proponent of Radbruch's Formula(s) respond to a judge who applied an extremely unjust norm (without first using Radbruch's test)? One possibility would be for the Radbruch follower to say that what the judge applies, because it is an extremely unjust norm, is simply not a legally valid norm. However (...), judges frequently apply norms that are not valid norms of their legal system (e.g., extralegal moral norms). But that is clearly not what Radbruch was getting at: he wanted judges not to apply these unjust norms. (...) Radbruch's clear point (understood by all interpreters) is that judges should not apply these norms. Thus, the conclusion that what Radbruch is basically offering is a prescription for judicial decision-making, not a conceptual (or other theoretical) claim applicable to all (possible) legal systems*” (BIX, B. Radbruch's formula and conceptual analysis... p. 53).

³⁴ V. BIX, B. Radbruch's formula and conceptual analysis... p. 55.

³⁵ Cf. ROSS, A. **Sobre el Derecho y la Justicia**. ... p. 263 e ss.

³⁶ Tradução livre. No original: “*Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto*” (ROSS, A. **Sobre el Derecho y la Justicia**. ... p. 267).

não defendia o positivismo legalista em sua fase anterior, tampouco o positivismo legalista deriva da doutrina da vinculação do juiz, a qual ele defendia³⁷.

Destarte e novamente com Bix, se a exigência de um patamar mínimo de justiça ou correção moral é incorporado ao Direito Alemão Pós-Segunda Guerra Mundial por sua regra de reconhecimento, o Juiz, ao decidir por não aplicar ou não reconhecer a aplicação de norma jurídica extremamente injusta, estaria aplicando o Direito vigente, em vez de o afastar em prol da Justiça. Estaria, pois, vinculado ao Direito – e não diante de uma tensão entre Direito e Justiça – ou mesmo entre esta última e Segurança Jurídica. Logo, nos esquadros epistemológicos que abalizam a Teoria de Brian Bix, a(s) Fórmula(s) de Radbruch jamais poderia(m) ser, primariamente, *proposição(ões) acerca do conteúdo do Direito*. Seria(m), isto sim, apenas prescrição(ões) para a decisão judicial.

O contexto em que *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* veio a lume, todavia, não era particularmente receptivo à aceitação de doutrinas enaltecidas da liberdade judicial face à textualidade do Direito posto. Isto por que, como bem se sabe, a Magistratura alemã foi constrangida (ou cooptada) pelo Nacional-Socialismo a, em cumprimento a diplomas normativos geneticamente nazistas ou na aplicação de enunciados anteriores povoados por aberturas à liberdade judicial, infiltrar suas diretrizes fundamentais no Direito vigente, conforme explicitado por Stefan Grundmann, quando, em entrevista, foi indagado a respeito da experiência alemã com as chamadas cláusulas gerais:

A [experiência] alemã [com as cláusulas gerais] começa aproximadamente no tempo do nacional-socialismo. Nessa época, houve uma tendência que um famoso autor alemão, Justus Wilhelm Hedemann, chamou de “fuga para as cláusulas gerais”. Ele dizia que as cláusulas gerais dão um poder exagerado ao juiz. E, para dizer a verdade, no nazismo tivemos todas essas coisas terríveis e verdadeiramente racistas contra os judeus e contra os bons costumes, viabilizadas em grande parte por meio das cláusulas gerais. Por isso, depois da Segunda Guerra Mundial, teve uma certa ressalva contra as cláusulas gerais³⁸.

³⁷ Tradução livre. No original: “Radbruch expressly characterizes legal positivism here in terms of statutory positivism, and in language suggesting that he had been a proponent of the view. The only explanation, I believe, is that he was seeking to take account of the way his contemporaries had in fact read the doctrine of judicial bindingness, namely, as implying statutory positivism. But Radbruch himself, as I have argued, did not defend statutory positivism in his earlier period nor does statutory positivism follow from the doctrine of judicial bindingness, which he did defend” (PAULSON, S. L. On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post-War Papers. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 26, n. 1, p. 17-40, 2006. p. 38).

³⁸ RODRIGUES JUNIOR, O. L., NUNES-FRITZ, K. e RODAS, S. Entrevista com Stefan Grundmann. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo v. 9, a. 3, p. 337-350, out-dez. de 2016. p. 348. Salgado, ao se debruçar sobre o mesmo tema, manifesta constatação semelhante: “A utilização de cláusulas gerais foi elogiada pelos jurista nazistas porque: 1) sua elasticidade permitia adaptar a sentença ao caso concreto – adaptar a sentença, não aplicar uma lei que provavelmente não estava de acordo com a *Weltanschauung* do regime –; 2) permitiam modificar as normas sem alterar os textos normativos, ‘imbuir velhos corpos com novos espíritos’; e) serviam para criar direito em caso de lacunas, considerando também como tais aqueles supostos que estão regulados por normas contraditórias com o nacional-socialismo –; 4) serviam para fazer justiça; 5) os riscos de segurança e arbitrariedade não existiam, já que no nacional-socialismo se compartilha da *Weltanschauung* (...). Estas vantagens se converteram em riscos para quem não compartilhava da mencionada *Weltanschauung*”. Tradução livre. No original: “La utilización de cláusulas generales fue alabada por los juristas nazis porque: 1) su elasticidad permitía adaptar la sentencia al caso concreto – adaptar la sentencia, no aplicar una ley que probablemente no resultaba acorde con la *Weltanschauung* del régimen –; 2) permitían modificar las normas sin alterar los textos normativos, ‘imbuir de nuevo espíritu viejos cuerpos’; 3) servían para crear derecho en caso de lagunas, considerando también como tales aquellos supuestos que están regulados por normas contradictorias con el nacionalsocialismo –; 4) servían para hacer justicia; 5) los riesgos de seguridad y arbitrariedad no existirían, ya que en el nacionalsocialismo se comparte la *Weltanschauung* (...). Estas ventajas se convierten en riesgos par quienes no comparten la

Este aumento da vetusta desconfiança relativamente a cláusulas gerais e outras técnicas legislativas ampliadoras da liberdade judicial, em extensão às tradições do Direito Continental Europeu, também franqueou espaço a argumentos de inspiração jusnaturalista, muito embora escritos posteriores tenham desvelado que esta mesma inspiração estava presente nas mais horrendas doutrinas totalitárias³⁹. À vista disso, Bix arremata seu escrutínio da(s) Fórmula(s) de Radbruch com um argumento adicional pouco explorado por seus críticos:

Parte da razão pela qual Radbruch possa ter dissimulado sua prescrição à decisão judicial em uma teoria conceitualista sobre o Direito pode ser encontrada na cultura político-jurídica e nas expectativas sociais generalizadas existentes nos tempos e lugares nos quais ele viveu. Na Europa Continental, há forte expectativa de que o Direito esteja presente nos Códigos Civis, pelo que o Juiz teria, como única tarefa, sua aplicação. Esta pode não ter sido uma crença universal, mas o fato de que o Movimento do Direito Livre daquele tempo era considerado demasiadamente radical por apenas *sugerir* que os juízes tinham e deveriam ter discricionariedade, indiretamente revela uma visão rígida da atividade judicial no pensamento corrente daquele tempo. (...) Para Radbruch, talvez o único jeito de tornar suas prescrições à decisão judicial palatáveis a seu público seria travestilas de proposições acerca da validade de normas individuais⁴⁰.

A delimitação do contexto em que determinadas ideias e soluções se desenham para certos problemas é momento decisivo de estudos comparativos⁴¹, os quais, por se dirigirem a ordenamentos particulares, talvez passem ao largo das preocupações imediatas de Teóricos e Filósofos do Direito. As formulações enunciadas por Radbruch o foram em um contexto singular e bastante decisivo, o qual recolocou algumas das questões fundamentais daquelas disciplinas – basta ver que o termo inicial dos chamados “Pós-Positivismos” é, justamente, o término da Segunda Grande Guerra, conforme escreve Regla:

A expressão ‘constitucionalização da ordem jurídica’, no sentido que aqui nos vai interessar, alude a um processo histórico que teve lugar em países europeus e latino-americanos, que é resultado do constitucionalismo que se desenvolveu e praticou desde a Segunda Guerra Mundial até os nossos dias e que está produzindo uma transformação profunda na concepção do Estado de Direito. Nesta transformação do Estado de Direito, que se pode sintetizar na fórmula ‘do Estado legal de Direito ao Estado constitucional de Direito’ (ou ‘do império da lei’

mencionada Weltanschauung” (SALGADO, M. J. G. Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que se plantean. **Anuario de Filosofía del Derecho**, Madrid, n. 20, 2003. p. 114-115. [Online]. Disponível na Internet via: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/909336.pdf>>. Última consulta em 19.02.2018).

³⁹ Cf. a propósito: BLANC, C. A. Las orígenes iusnaturalistas de la filosofía jurídica nacionalsocialista en la obra política escrita de Adolf Hitler y Alfred Rosenberg. **Revista Internacional de Pensamiento Político** – I Época, Sevilla, v. 8, p. 187-210, 2013, *passim*.

⁴⁰ Tradução livre. No original: “Part of the reason Radbruch may have cloaked his prescription for decision-making in a conceptual theory about law may be found in the legal and political culture, and indeed the general social expectations, of the time(s) and place(s) in which Radbruch lived. In continental Europe, the strong expectation was that the law was fully present in the civil codes, and the judge’s only task was to apply the law. This may not have been a universal belief, but the fact that the Free Law Movement of that time was considered highly radical for even suggesting that judges had and should have discretion, indirectly shows the rigid view of judging in the conventional thought of that day. (...) For Radbruch, perhaps the only way to make prescriptions for judicial decision-making palatable to his audience was to coat them in claims about the validity of individual norms.” (BIX, B. Radbruch’s formula and conceptual analysis... p. 56).

⁴¹ Cf., a propósito: GERBER, D. J. Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Facade of Language. In: RILES, A. (Ed). **Rethinking the Masters of Comparative Law**. Oxford: Hart Publishing, 2001. p.190-208.

ao ‘império da constituição’), situou-se também a crise do paradigma positivista na cultura jurídica e o trânsito até um paradigma pós-positivista⁴².

O ambiente que circundava Radbruch quando da redação de seus últimos textos é o ambiente que, inclusive por influência dele, imprimiu mudanças sensíveis nos desdobramentos da Teoria e da Filosofia do Direito, com grandíssimas repercussões na prática jurídica a nível internacional. A leitura da(s) Fórmula(s) não pode se dar em detrimento deste dado, conforme enaltecido por Bix.

O momento era de transição, mas sem transposição dos esquadros do Estado Moderno, como ensina a História do Direito⁴³. Na tradição Europeia Continental, isso significa preservar o modelo de organização jurídico-política existente, mas, dentro de seus limites, calibrar as tensões entre Poder e Direito⁴⁴. Ao termo inicial dessa travessia, movimentos bruscos direcionados à valorização da liberdade judicial, especialmente após a noticiada cooptação da magistratura pelo Nacional-Socialismo, não eram de todo bem-vindos. E tanto é assim que a comunidade jurídica alemã⁴⁵ até hoje hesita em admitir que a atividade jurisdicional implique inovação no Ordenamento Jurídico, apesar dos mais de cinquenta anos da democrática Constituição de Bonn, promulgada em 1949.

Assim, muito embora a(s) Fórmula(s) tenha(m) todas as marcas de uma prescrição para a decisão judicial, a conjuntura da comunidade jurídica alemã em 1946 não permitiria que Radbruch assim as colocasse. Sua aceitação, destarte, teria passado pelo redesenho da(s) Fórmula(s) como proposições acerca do conceito de Direito.

Júlio Aguiar de Oliveira: a(s) Fórmula(s) de Radbruch como proposições acerca do conceito de Direito, apenas

Júlio Oliveira, em primoroso trabalho, escrutina as leituras de Alexy e Bix a respeito da(s) Fórmula(s)

⁴² Tradução livre. No original: “*La expresión ‘constitucionalización del orden jurídico’, en el sentido que aquí nos va a interesar, alude a un proceso histórico que ha tenido lugar en países europeos y latinoamericanos, que es el resultado del constitucionalismo que se ha desarrollado y practicado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días y que está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho. En esta transformación del Estado de Derecho, que puede sintetizarse en la fórmula ‘del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho’ (o ‘del imperio de la ley’ al ‘imperio de la constitución’), se ha situado también la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma postpositivista.*” (REGLA, J. A. Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. **DOXA**, Alicante, n. 30, p. 665-675, 2007. p. 666).

⁴³ Cf., a propósito: ZAGREBELSKY, G. **El Derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2011. p. 21 e ss., e FIORAVANTI, M. **Legislação e Jurisdição na Europa**: a era do Estado Constitucional. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Luiz Henrique Krassuski Fortes. Inédito. p. 3.

⁴⁴ V., neste ponto: COSTA, P. Democracia política e Estado Constitucional. Tradução de Érica Hartmann. In: _____. **Soberania, representação, democracia**: ensaios sobre a história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, *passim*, e BOTERO, A. **Estudos de História e Filosofia do Direito**. Trad. Aberto K. Arbex, André K. Trindade, Danielle Regina W. de Araújo, Francisco Codorniz e Gilberto M. de Almeida. Curitiba: Juruá, 2013. p. 160 e ss.

⁴⁵ Cf., e.g.: FOSTER, N. e SULE, S. **German legal system and laws**. 4ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 53. Há, contudo, estudiosos de destaque que, mais ou menos cuidadosamente, sustentam o contrário. Nesta linha: KÖTZ, H. e WAGNER, G. **Deliktsrecht**. Munique: Franz Vahlen, 2013. p. v.

de Radbruch. Ao tempo em que referenda, em grande medida, as teses do primeiro, Oliveira refuta as do segundo por três vieses: (i) a circunstancial alusão à(s) Fórmula(s) no contexto de análises de decisões judiciais não significa que ela(s) seja(m) prescrição(ões) à decisão judicial; (ii) a enunciação dela(s), bem assim as principais investigações teóricas a seu respeito, ocorreram em textos voltados à discussão do conceito de Direito; e (iii) Bix teria errado ao isolar a perspectiva do observador da perspectiva do participante, uma vez que elas são mutuamente dependentes e inseparáveis.

Quanto ao primeiro ponto, o autor assim se pronunciou:

Um pé de cabra pode ser usado para abrir uma porta e, de fato, pés de cabra são ocasionalmente utilizados para abrir portas. Não obstante, este fato não funciona como um argumento a fim de se afirmar que um pé de cabra deva ser definido primariamente como uma chave. O mesmo pode ser dito em relação à Fórmula de Radbruch. Do fato de que ela foi utilizada como uma prescrição para decisões judiciais não se segue que ela deva ser compreendida como uma prescrição para decisões judiciais⁴⁶.

Esta crítica à leitura de Bix tem por objeto aquilo que Oliveira chama de *argumento do contexto*, mas que não reporta ao argumento propriamente contextual formulado pelo primeiro e destrinchado ao final da seção precedente. A *ratio* que subjaz a sua crítica é, ao menos superficialmente, a mesma que os críticos à tese da conexão necessária entre Direito e Moral invocam para atacar teorias como a de Alexy, a exemplo do apresentado por Bulygin:

O alegado fato de que todas os atos normativos implicam, performaticamente, uma pretensão de justiça não prova a existência de uma conexão necessária entre todos os sistemas jurídicos e esta moral específica. Para defender esta última tese, Alexy teria não apenas que provar a existência de uma moral objetiva, como também demonstrar que ela é compartilhada por todos os legisladores⁴⁷.

De mais a mais, o segundo viés dos contra-argumentos de Oliveira, de que o texto no qual a(s) Fórmula(s) foram enunciadas seriam “voltados decisivamente para a investigação do conceito de direito”⁴⁸, é, também, esterilizado pela assertiva propriamente contextual de Bix: a ambiência epistemológica que a comunidade jurídica Europeia-Continental experimentava ao Pós-Guerra era fortemente avessa a concessões à liberdade judicial, dado que esta fora a via de ingresso do ideário suprematistas nos diplomas normativos prévios à ascensão do Nazismo.

⁴⁶ OLIVEIRA, J. A injustiça extrema e o conceito de Direito. In: TRIVISONNO, A. T. G. *et al.* (Orgs.). **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito...** p. 163.

⁴⁷ Tradução livre. No original: “*The alleged fact that all norm-issuing acts performatively imply a claim to justice does not prove that there is a connection between all legal systems and this specific morality. In order to sustain this last thesis Alexy must not only prove that there is one objective morality; he must also prove that this morality is shared by all law-makers*” (BULYGIN, E. Alexy’s Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality. **Ratio Juris**, New Jersey, v. 3, n. 2, p. 133-137, junho de 2000. p. 134).

⁴⁸ OLIVEIRA, J. A injustiça extrema e o conceito de Direito. In: TRIVISONNO, A. T. G. *et al.* (Orgs.). **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito...** p. 163. O argumento se desdobra, com especificação dos textos em referência: “Nos escritos de Radbruch, a Fórmula é explicitada num artigo intitulado *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, de 1946, que trata essencialmente do conceito de direito. Nos textos de Alexy, embora se encontre uma reflexão mais intensa sobre a aplicação da Fórmula de Radbruch como uma prescrição para a decisão judicial, a discussão mais significativa sobre o tema se encontra em um livro dedicado à investigação do conceito e da validade do direito” (OLIVEIRA, J. A injustiça extrema e o conceito de Direito. In: TRIVISONNO, A. T. G. *et al.* (Orgs.). **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito...** p. 164).

Finalmente, Oliveira apresenta seu derradeiro contra-argumento, no sentido de que Bix estaria equivocado ao isolar, da perspectiva do participante, a perspectiva do observador. Assim:

O problema com esse argumento é que ele toma a perspectiva do observador como uma perspectiva independente. Isso não é correto. A perspectiva do observador é dependente da perspectiva do participante (o que significa que a perspectiva do observador não faz sentido sem a perspectiva do participante). Ela é dependente em dois sentidos: (1) Porque uma descrição do direito da perspectiva do observador pressupõe que existam pessoas que realmente observam e aplicam o direito que é descrito pelo observador, o que significa que ela pressupõe a existência de pessoas que adotam a perspectiva do participante em relação ao direito e (2) porque uma descrição do direito da perspectiva do observador pressupõe que tanto o observador que descreve o direito como aquele a quem a descrição é endereçada têm a capacidade de comparar essa descrição com suas próprias concepções de direito elaboradas da perspectiva do participante⁴⁹.

Esta crítica, em rigor, diz menos com impropriedades na tese sustentada por Bix que com diferenças existentes entre os pressupostos teóricos deste e de Oliveira (também de Alexy). O primeiro assume a dicotomia Hartiana entre perspectiva interna e perspectiva externa na análise do Direito, a qual o próprio Alexy diz ser apenas *parcialmente* coincidente com a díade perspectiva do participante e perspectiva do observador⁵⁰. Além disso, enquanto Bix se abre às influências dos Positivismos Jurídicos, Oliveira e Alexy a elas se fecham, como deixa claro a auto-proclamação de “não positivista” ou “anti-positivista”, consignada por Oliveira no arremate de seu notável trabalho: “no campo não positivista, defendendo a tese de que ela [a Fórmula de Radbruch] deve ser aceita como elemento do conceito de direito, mas recusada enquanto prescrição judicial”⁵¹.

A rigor, portanto, este último viés argumentativo denota um problema já antes assinalado em debates a respeito do conceito de Direito, inclusive com envolvimento de Alexy, de que uma composição é inatingível, dadas as irreconciliáveis diferenças existentes no pensamento jurídico de cada autor⁵². É, novamente em

⁴⁹ OLIVEIRA, J. A injustiça extrema e o conceito de Direito. In: TRIVISONNO, A. T. G. *et al.* (Orgs.). **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito...** p. 166.

⁵⁰ Cf., a propósito: ALEXY, R. **The Argument from Injustice...** p. 25.

⁵¹ OLIVEIRA, J. A injustiça extrema e o conceito de Direito. In: TRIVISONNO, A. T. G. *et al.* **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito...** p. 169.

⁵² Outra não é a conclusão a que chega Robl Filho, com amparo em Paula Gaido, acerca do debate Alexy-Bulygin: “Por fim, deve-se concordar com a leitura de Paula Gaido (...), a qual assevera que a grande razão da polêmica é a utilização de diferentes significados para os mesmos significantes. Em outras palavras, em razão dos pensamentos jurídicos e filosóficos de Alexy e Bulygin serem muito diversos, eles definem um mesmo fenômeno ou conceito com significados completamente diversos. Essa questão fica patente na ideia de necessidade. Quando Bulygin pensa no conceito de necessidade, trabalha com a ideia da lógica que algo é necessário se sempre determinado fenômeno deve ocorrer sob certas circunstâncias. Desse modo, não há como se fala em necessidade normativa, pois uma norma pode ser descumprida (...). De outro lado, quando Alexy trabalha com o conceito de necessidade, procura demonstrar, por meio da ideia de ato de fala, que necessariamente uma norma formula uma pretensão de correção de justiça. O jusfilósofo alemão desenvolve esse pensamento em virtude de sua influência da filosofia analítica, possuindo outro conceito de necessidade. Esse desacordo também pode ser visto na ideia de contradição performativa, um conceito da teoria do discurso, corrente filosófica adotada por Alexy. De outro lado, Bulygin, por seguir um conceito mais tradicional ou estrito de lógica, não reconhece a contradição performativa como uma contradição no sentido lógico” (ROBL FILHO, I. N. Conceito e validade do Direito: a polêmica entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin sobre a pretensão de correção do Direito. In: SERBENA, C. S. (Coord). **Teoria da Derrotabilidade:** pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012. p. 118).

empréstimo das noções caras à comparação jurídica, como falhar no teste da comparabilidade⁵³ e tentar comparar o incomparável. Assim, ao menos no que toca a este último argumento de Oliveira, a única solução factível ao dissenso teórico parece ser concordar em discordar.

Conclusão

O debate a respeito do(s) sentido(s) da(s) Fórmula(s) de Radbruch, especialmente no que diz com a polarização entre as leituras de Alexy e Bix, é de ímpar atualidade e relevância para a Teoria e a Filosofia do Direito Contemporâneas, conforme minudenciado nas seções precedentes. Em meio às tensões e contrastes estabelecidos entre essas profundamente díspares posições teóricas e filosóficas, Oliveira inseriu sua autêntica leitura da(s) Fórmula(s) como proposições acerca do conceito de Direito, apenas. Isto se fez pela adesão, com pequenas reservas, às teses de Alexy, e pelo enfrentamento minucioso das posições de Bix. As duras críticas dirigidas a este último, todavia, perderam-se no enaltecimento de questões atribuíveis a diferenças de perspectiva teórica (e não a inconsistências na tese por Bix sustentada, *vis-a-vis* a advogada por Alexy) e findaram por olvidar aquele que, malgrado com menor destaque, parece ser o argumento mais

decisivo do autor estadunidense: o de que o contexto no qual Radbruch se encontrava quando enunciou sua(s) célebre(s) Fórmula(s), que era facilmente irritável por qualquer sugestão de ampliação da liberdade judicial (face à cooptação da magistratura tedesca pelo Nacional-Socialismo), não permitiria que ela(s) fosse(m) colocadas como prescrição(ões) à decisão judicial, mesmo em combate a textos totalitários, de modo que elas teriam sido redesenhadas e apresentadas como proposições acerca do conteúdo do Direito.

As análises realizadas ao longo deste trabalho demonstram que a dissidência entre Alexy e Bix se deve à assunção, por e por outro, de pressupostos teórico-filosóficos completamente distintos e inconciliáveis. Indicou-se, contudo, que, enquanto esse fator não permite ir além de uma concordância quanto à discordância, uma análise propriamente *contextual* do ambiente em que os últimos escritos de Radbruch vieram à luz pode ser decisivo para a inteligência do conteúdo da(s) Fórmula(s), ao menos primordialmente, como mera(s) prescrição(ões) para a decisão judicial.

Referências

ALEXY, R. Die Gewichtsformel. **GreifRecht**, Greifswald, v. 10, p. 69-78, out. 2010.

ALEXY, R. Legal Certainty and Correctness. **Ratio Juris**, New Jersey, v. 28, n. 4, p. 441-451, dez. 2015.

⁵³ “O princípio da comparabilidade, é resumido, conforme nos lembra Léontin-Jean Constantinesco, na máxima de que ‘on doit comparer seulement les choses comparables’, ou seja, de que se deve comparar somente coisas comparáveis. (...) Com efeito, quanto maiores forem as diferenças entre os sistemas jurídicos que se pretende confrontar, tanto maiores as dificuldades com as quais se depara o pesquisador, e tanto mais lhe será exigido esforço para obter um resultado seguro, evitando distorções e equívocos” (SGARBOSSA, L. F. e JENSEN, G. **Elementos de Direito Comparado: Ciência, Política Legislativa, Integração e Prática Judiciária**. Porto Alegre: SAFE, 2008. p. 132).

- ALEXY, R. Los principales elementos de mi filosofía del derecho. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 32, p. 67-84, 2009.
- ALEXY, R. **The Argument from Injustice**: a response to legal positivism. Tradução de Steven Paulson e Bonnie Paulson. Oxford: Clarendon Press, 2003.
- ALEXY, R. **Theorie der juristischen Argumentation**: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- ALEXY, R. Una defensa de la Fórmula de Radbruch. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade de Coruña**. [online]. Disponível na Internet via: <<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/?sequence=1>>. Última consulta em 28.01.2018.
- BIX, B. Legal positivism. In: GOLDING, M. P. e EDMUNSON, W. A. **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford: Blackwell, 2006.
- BIX, B. Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Cambridge, v. 12, n. 1, p. 17-33, 1999.
- BIX, B. H. Radbruch's formula and conceptual analysis. **The American Journal of Jurisprudence**, Notre Dame, v. 56, p. 45-57, 2011.
- BIX, B. H. Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory. **Rechtstheorie**, Berlin, n. 37, p. 139-149, 2006.
- BLANC, C. A. Las orígenes iusnaturalistas de la filosofía jurídica nacionalsocialista en la obra política escrita de Adolf Hitler y Alfred Rosenberg. **Revista Internacional de Pensamiento Político**, Sevilla, v. 8, p. 187-210, 2013.
- BOTERO, A. **Estudos de História e Filosofia do Direito**. Trad. Aberto K. Arbex, André K. Trindade, Danielle Regina W. de Araújo, Francisco Codorniz e Gilberto M. de Almeida. Curitiba: Juruá, 2013.
- BULYGIN, E. Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality. **Ratio Juris**, New Jersey, v. 3, n. 2, p. 133-137, jun. 2000.
- COSTA, P. Democracia política e Estado Constitucional. Tradução de Érica Hartmann. In: COSTA, P. **Soberania, representação, democracia**: ensaios sobre a história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.
- FIORAVANTI, M. **Legislação e Jurisdição na Europa**: a era do Estado Constitucional. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Luiz Henrique Krassuski Fortes. Inédito.
- FOSTER, N. e SULE, S. **German legal system and laws**. 4ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- FULLER, L. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 71, n. 4, p. 630-672, fev. 1958.
- FULLER, L. **The Morality of Law**. Edição revista. New Haven: Yale University Press, 1969.
- GERBER, D. J. Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Facade of Language. In: RILES, A. (Ed). **Rethinking the Masters of Comparative Law**. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 71, n. 4, p. 593-629, fev. 1958.
- HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2ª Ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

- KÖTZ, H. e WAGNER, G. **Deliktsrecht**. Munique: Franz Vahlen, 2013.
- NINO, C. S. **Introducción al análisis del derecho**. 2ª Ed., ampliada e revista. 12ª reimpressão. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- OLIVEIRA, J. A. A injustiça extrema e o conceito de Direito. In: TRIVISONNO, A. T. G. *et al* (Orgs.). **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PAULSON, S. L. On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 26, n. 1, p. 17-40, 2006.
- PAULSON, S. L. Radbruch on unjust laws: competing earlier and later views? **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 15, n. 3, p. 489-500, autumn 1995.
- QUINT, P. E. Judging the Past: The Prosecution of East German Border Guards and the GDR Chain of Command. **The Review of Politics**, Cambridge, v. 61, n. 2, p. 303-329, primavera de 1999.
- RADBRUCH, G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. **Süddeutsche Juristen-Zeitung**, Tübingen, v.1, n.5, 1946.
- REGLA, J. A. Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. **DOXA**, Alicante, n. 30, p. 665-675, 2007.
- ROBL FILHO, I. N. Conceito e validade do Direito: a polêmica entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin sobre a pretensão de correção do Direito. In: SERBENA, C. S. (Coord). **Teoria da Derrotabilidade**: pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012.
- RODRIGUES JUNIOR, O. L., NUNES-FRITZ, K. e RODAS, S. Entrevista com Stefan Grundmann. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo v. 9, a. 3, pp. 337-350, out-dez. de 2016.
- ROSS, A. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Tradução de Genario Carrió. Buenos Aires: EUDEBA, 1963.
- SALGADO, M. J. G. Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que se plantean. Madrid, **Anuario de Filosofía del Derecho**, n. 20, p. 114-115, 2003. [Online]. Disponível na Internet via: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/909336.pdf>>. Última consulta em 19.02.2018.
- SGARBOSSA, L. F. e JENSEN, G. **Elementos de Direito Comparado**: Ciência, Política Legislativa, Integração e Prática Judiciária. Porto Alegre: SAFE, 2008.
- SOMEK, A. German Legal Philosophy and Theory in the Nineteenth and Twentieth Centuries. In: PATTERSON, D. (Ed). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. 2ª Ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2010.
- ZAGREBELSKY, G. **El Derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2011.