




<https://periodicos.ufop.br/virtualia-journal>

Editor responsável: Prof. Dr. Rodrigo Cid

## Heinrich Rickert, Emil Lask e Gustav Radbruch: A Gênese Filosófica do Argumento da Injustiça Extrema na Tradição da “Filosofia dos Valores”

Lucas Frederico Rodrigues Seemund, Newton de Oliveira Lima

 <https://orcid.org/0000-0001-6915-0486>

 <https://orcid.org/0000-0002-0459-6978>

 <http://lattes.cnpq.br/5662924938627902>

 <http://lattes.cnpq.br/5042912331953676>

[lucasf.seemund@gmail.com](mailto:lucasf.seemund@gmail.com) & [newtondelima@gmail.com](mailto:newtondelima@gmail.com)

**Resumo:** O presente artigo investiga os fundamentos axiológico-jurídicos que sustentam a filosofia do direito de Gustav Radbruch, com especial atenção à sua célebre fórmula da extrema injustiça, partindo da hipótese de que tal formulação não representa uma ruptura na obra do autor, mas sim o amadurecimento orgânico de um pensamento cuidadosamente construído sobre as estruturas da “Filosofia dos Valores” da Escola de Baden, particularmente na figura de Heinrich Rickert, e da teoria dos objetos de Emil Lask, esta última profundamente tensionada pela crítica fenomenológica de Edmund Husserl. O percurso argumentativo inicia-se com a análise detalhada do método das ciências culturais em Rickert, avança pela mediação crítica de Lask, que inscreve o direito como objeto cultural referido a valores, e culmina na síntese radbruchiana propriamente dita, que define o direito como realidade que tem o sentido de estar ao serviço da ideia de justiça. Examina-se, então, o conflito ineliminável entre as antinomias da ideia de direito, justiça, finalidade e segurança jurídica, para, finalmente, demonstrar como a fórmula da injustiça extrema emerge como resultado necessário de uma filosofia que situa o direito no espaço intermediário entre ser e dever-ser, fato e valor, encontrando nos direitos humanos o limite material intransponível da positividade.

**Palavras-chave:** Radbruch; Neokantismo; Fenomenologia; Fórmula da Injustiça Extrema; Cultura.

.....

**Abstract:** This article investigates the axiological-juridical foundations underpinning Gustav Radbruch's philosophy of law, with special attention to his renowned formula of extreme injustice, proceeding from the hypothesis that this formulation does not represent a rupture in the author's work, but rather the organic maturation of a thought carefully constructed upon the structures of the "Philosophy of Values" of the Baden School, particularly in the figure of Heinrich Rickert, and upon Emil Lask's theory of objects, the latter being profoundly strained by the phenomenological critique of Edmund Husserl. The argumentative path begins with a detailed analysis of Rickert's method of cultural sciences, advances through Lask's critical mediation, which inscribes law as a cultural object referred to values, and culminates in the radbruchian synthesis itself, which defines law as a reality whose meaning lies in serving the idea of justice. The ineliminable conflict among the antinomies of the idea of law — justice, purpose, and legal certainty — is then examined, to finally demonstrate how the formula of extreme injustice emerges as a necessary result of a philosophy that situates law in the intermediate space between being and ought-to-be, fact and value, finding in human rights the insurmountable material limit of positivity.

**Keywords:** Radbruch; Neo-Kantianism; Phenomenology; Formula of Extreme Injustice; Culture.

- CRedit-IA (+):** Declaro que o uso de ferramentas de Inteligência Artificial foi estritamente instrumental e que assumo a responsabilidade humana integral pelo conteúdo do artigo. Simetricamente, autorizo o uso instrumental de ferramentas de Inteligência Artificial pelos pareceristas.  
Ferramenta de IA utilizada:  
Versão / modelo:  
Finalidade do uso:  
Tipo de uso:  
Limites do uso:
- CRedit-IA (-):** Declaro que não houve uso de IA para nenhum aspecto deste artigo e que assumo a responsabilidade integral pelo seu conteúdo. Simetricamente, não autorizo o uso de ferramentas de Inteligência Artificial pelos pareceristas.

[Veja o modelo completo de Declaração CRedit-IA, criado pelo Virtualia Journal.](#)

## Introdução

É bastante conhecido na comunidade jusfilosófica o argumento jurídico da extrema injustiça, cuja formulação mais célebre, sintetizada na proposição de que a injustiça extrema não é direito, atravessou o século XX e permanece como fundamento do debate entre positivismo (defesa da única fonte do direito como sendo a lei estatal) e não positivismo (ampliação da legitimidade do direito a partir de outras fontes que não a lei estatal), influenciando decisivamente autores como Robert Alexy, que a classifica como a expressão mais acabada do não positivismo includente, segundo o qual os defeitos morais desestabilizam a validade jurídica se e somente se o limiar da extrema injustiça fosse transgredido (Alexy, 2013, p. 18).

A pergunta que subjaz a toda essa construção é de dramaticidade inegável: por que ou quando devemos obedecer ao direito? Como se constitui um dever jurídico, entendido como uma espécie de extensão de deveres morais, quando o próprio direito positivo pode ordenar o assassinato em massa, como ocorreu durante o nacional-socialismo alemão, produzindo leis que, dentro dos requisitos formais de validade, ordenavam a perseguição e o extermínio de seres humanos?

As diversas correntes da jusfilosofia surgem, historicamente, para apresentar ao direito uma matriz epistemológica, isto é, um conjunto de princípios lógicos e fundamentos teóricos que orientam a compreensão do fenômeno jurídico, podendo estas se apresentarem como jusnaturalismo, positivismo, culturalismo, institucionalismo e tantas outras que, ao longo dos séculos, buscam oferecer respostas para a questão fundamental acerca do que é o direito e qual o fundamento de sua obrigatoriedade.

No que concerne especificamente ao positivismo jurídico, é possível identificar ao menos duas grandes configurações históricas: num primeiro momento, o chamado positivismo exegético, que nasce no contexto da Revolução Francesa e do movimento

.....

de codificação, caracteriza-se pela concepção de que toda a fonte do direito é a lei, expressão máxima de um Estado de Direito fundado no governo das leis e não dos homens, cabendo ao juiz a função estritamente mecânica de “boca da lei”, note-se que esta primeira forma de positivismo não possui um principal teórico sistematizador, tendo emergido antes como uma solução emergencial para consolidar as conquistas revolucionárias e garantir a segurança jurídica através da codificação.

Já no século XX, surge um novo padrão de positivismo jurídico, o chamado positivismo normativista, para o qual a fonte do direito não é mais apenas a lei, mas sim o conjunto mais amplo de normas jurídicas – regras e formas – que se estruturam organicamente na figura do ordenamento jurídico, estabelecendo-se uma hierarquia formal entre as normas e buscando-se a separação intransponível entre direito e valores (moral); neste modelo, a interpretação judicial é possível apenas dentro de parâmetros referidos ao ordenamento jurídico, não podendo o juiz associar a interpretação a critérios externos nem buscar soluções além dos argumentos estritamente legais.

Contudo, o positivismo jurídico tal como configurado nessas vertentes sofreria, após 1945, um abalo profundo e irreversível, pois a terrível constatação de que cumprir as leis cegamente, inclusive aquelas leis que ordenavam a perseguição e o extermínio de seres humanos nos campos de concentração, poderia gerar as mais graves atrocidades, impôs à jusfilosofia a necessidade de uma revisão radical de seus pressupostos.

Quando se discutem violações em larga escala de direitos humanos e as respectivas responsabilidades por tais atos, remete-se inevitavelmente ao contexto simbólico e histórico do Tribunal de Nuremberg, instaurado no período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial, e o reflexo daqueles juízos no mundo da Filosofia do Direito provocou precisamente uma busca também de responsabilidades intelectuais, com o fim de ver que tipo de concepção do Direito

.....

havia, de alguma forma, outorgado aquela aparência de legitimidade a uma série de atos aberrantes.

Por outro lado, buscou-se no pós-II guerra mundial novas correntes jusfilosóficas que sustentassem, de um lado, as conquistas do Iluminismo, isto é, o império da lei e os direitos do homem e do cidadão, e, por outro, condenassem atos abomináveis contra os direitos humanos como os que se deram no nazismo ao manusear o ordenamento jurídico a revelia da moralidade.

Deixando de lado, por ora, a polêmica acerca de qual postura intelectual favorece a comissão de tais condutas atroztes durante um sistema ditatorial, se bem que as acusações mais diretas foram lançadas contra o positivismo, que identificava como Direito qualquer sistema normativo estabelecido por quem detinha o monopólio estatal do uso da força, o que gerou debates no julgamento do nazismo em Nuremberg no sentido de elucidar em que consistia a normatividade do Direito, isto é, qual era o fundamento do poder do Direito para criar deveres e sancionar o incumprimento de tais deveres mediante, inclusive, a privação da liberdade; qual é, enfim, o fundamento da validade do Direito.

Gustav Radbruch é, sem dúvida, o autor que enfrentou essas questões de maneira mais sistemática e profunda no contexto da filosofia jurídica alemã do século XX, e sua trajetória intelectual provém de um solo filosófico cuidadosamente cultivado durante seus anos de formação em Heidelberg<sup>1</sup>. Nascido em 1878, em Lübeck,

---

<sup>1</sup> Em Heidelberg, Radbruch encontrou um ambiente intelectual extraordinariamente fértil, que marcaria definitivamente sua orientação filosófica. Conforme ele mesmo confessa em sua autobiografia, sua postura filosófica foi profundamente marcada pelo ambiente daquela universidade no início do século, onde travou contato decisivo com Heinrich Levy, que o convenceu do dualismo kantiano entre ser e dever-ser, realidade e valor e das doutrinas de Windelband e Rickert baseadas nisso, e, sobretudo, com Emil Lask, a quem deve influência substantiva pela sua visão geral da filosofia do direito daquela época (Radbruch, 1951, p. 85-86), numa relação de amizade que Radbruch descreve com especial afeto, mencionando como participava da gênese do livro *Lógica da Filosofia* de Lask até os mínimos detalhes e podia testemunhar a dedicação apaixonada daquele pensador. Foi também nesse período que Radbruch passou a frequentar a casa de Max Weber (Radbruch, 1951, p. 83), e cujo rigoroso proceder valorativo nas ciências sociais o influenciaria na formulação de seu próprio relativismo metodológico. Radbruch, em sua ação política, foi deputado no parlamento alemão e Ministro da Justiça durante a

.....

Radbruch estudou direito em Munique, Leipzig e Berlim, onde foi aluno de Franz von Liszt, a quem dedicaria sempre profunda admiração, descrevendo-o como “um homem de ação, também na ciência, e não apenas numa ciência prática como a criminalística, mas também na dogmática penal” (Radbruch, 1951, p. 71). Sua trajetória acadêmica, contudo, foi marcada por dificuldades e hesitações iniciais. Após concluir o doutorado em Berlim, Radbruch enfrentou um prolongado e penoso processo de elaboração de sua tese de habilitação (Radbruch, 1951, p. 78), até que finalmente, em 1903, pôde habilitar-se na Universidade de Heidelberg, onde iniciaria sua carreira docente.

O presente trabalho propõe-se a explorar essas raízes filosóficas com o objetivo de demonstrar que a filosofia jurídica radbruchiana, não constitui uma ruptura entre um primeiro momento supostamente “positivista” e um segundo momento “jusnaturalista”, controvérsia que Kaufmann (2004, p. 63) identifica na literatura especializada, na qual se chegou a falar de uma “experiência de Damasco” ou de uma conversão tardia, representa muito mais o desenvolvimento orgânico e a maturação de um pensamento edificado sobre os alicerces do neokantismo da Escola de Baden e da fenomenologia, mediados pela original síntese de Emil Lask, que, por sua vez, fora

---

República de Weimar, experiência que lhe conferiu uma compreensão prática dos problemas jurídicos que poucos filósofos do direito de sua geração puderam alcançar. Seu humanismo, ademais, é também marcado por sua passagem pela Cruz Vermelha, onde atuou como voluntário. Com a ascensão do nacional-socialismo ao poder em 1933, Radbruch foi demitido de sua cátedra em Heidelberg, tendo que testemunhar, nos doze anos seguintes, a perversão do direito alemão e a transformação da ordem jurídica em instrumento de barbárie. Findo o conflito, em 1945, Radbruch foi reintegrado à cátedra de Heidelberg e assumiu como decano a direção da Faculdade de Direito da sua Universidade, podendo dizer-se que desse momento até sua morte sua atividade científica e de publicação não cessou mais, não só retornando ao ensino do direito criminal e da Filosofia do Direito, como publicando numerosos artigos em revistas e jornais tomando posição em muitas questões políticas e jurídicas candentes nesse momento histórico, além de aprontar muitos trabalhos já iniciados e redigir grande número de notas para acrescentar a outros que a morte, implacavelmente, não lhe deixou publicar. Radbruch morreu em 1949, sem a possibilidade de acompanhar o trabalho do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, cuja jurisprudência seria profundamente marcada por suas ideias.

.....

aluno de Husserl e compreendia como ninguém a necessidade de pensar o fenômeno jurídico em sua imediatidade.

Radbruch é um representante da chamada “Filosofia dos Valores” (*Wertphilosophie*), filiando-se à Escola de Baden, e sua filosofia do direito tem por base uma filosofia dos valores de origem neokantiana, discípulo que foi de Windelband, Rickert e Lask. A “Filosofia dos Valores” parte da rigorosa distinção entre realidade e valor, entre ser e dever-ser, entre natureza e cultura, e é nisso que reside o chamado dualismo do seu método, em oposição ao monismo metodológico lógico da Escola de Marburgo (que originou Kelsen), e submete o objeto à consciência lógica do sujeito conhecedor, não trabalha com o deve-ser objetivo.

A “Fórmula de Radbruch”, ao propor uma crítica do positivismo, sustenta que é dever de todos obedecer à lei positiva, mas se a lei tornar-se extremamente abusiva, discriminatória ou autorizar perseguições de minorias, deve prevalecer a justiça, particularmente na proteção do valor da dignidade da pessoa humana, influenciado que foi por Kant, e mudando a forma do mundo observar o positivismo, que agora passa a incorporar a noção de justiça como elemento constitutivo de sua legitimidade e como fim primacial de sua estrutura normativa.

Esta investigação insere-se, necessariamente, no contexto mais amplo da tradição filosófica ocidental, particularmente naquela linhagem do pensamento que, desde a modernidade, vem buscando conciliar as conquistas da autonomia subjetiva com a necessidade de fundamentos objetivos para a vida em sociedade. Como observa Lima (2009, p. 30):

o ideal modernista de libertação pela razão e pela consciência na formação de uma subjetividade livre e autodeterminante deve ser mantido como meta a ser atingida na vivência da cultura, e colocar-se em combate contra a irracionalidade crescente da pós-modernidade (...)

.....

Assim, a tarefa de uma Filosofia do Direito crítica e axiológica é pensar em valores objetivos para dar ao sistema jurídico a possibilidade de resolver questões pragmáticas (Lima, 2009, p.31). É precisamente nesse horizonte que a filosofia de Radbruch se destaca, ao demonstrar que o Direito não pode ser compreendido como mero fenômeno, mas sim como “profunda teoria da cultura, tomando dessa forma um espaço mais amplo no universo filosófico, não se restringindo ao conhecimento jurídico” (Lima, 2009, p. 31).

O percurso argumentativo pretende estruturar-se em três seções, cada qual dedicado a um aspecto central da filosofia jurídica radbruchiana. Primeiro, examinar-se-á a fundação metodológica oferecida por Heinrich Rickert, com sua distinção entre ciências naturais e ciências culturais e o conceito central de “referência a valores” (*Wertbeziehung*), bem como a recepção crítica dessas ideias por Emil Lask, que, influenciado pela fenomenologia husserliana, elabora uma teoria dos objetos capaz de situar o direito como fenômeno cultural no espaço intermediário entre o ser e o dever-ser. Na segunda seção, investigar-se-á a síntese radbruchiana propriamente dita, seu conceito de direito como “realidade que tem o sentido de estar ao serviço da ideia de justiça” (Radbruch, 1979, p. 86), as antinomias da ideia de direito (justiça, finalidade e segurança jurídica) e o papel do relativismo como método filosófico que reconhece a indemonstrabilidade dos valores últimos sem, contudo, resvalar no niilismo. No terceiro e último momento, demonstrar-se-á como a fórmula da injustiça extrema surge como consequência necessária e inevitável desse edifício conceitual, encontrando nos direitos humanos o núcleo axiológico intransponível que nenhuma positividade pode legitimamente ultrapassar, e examinar-se-ão as implicações dessa formulação para a compreensão do dever jurídico de evitar um direito puro sem destinação a valores e/ou autoritário.

O que se almeja esclarecer neste trabalho é precisamente, como asserta Lima,

.....

a busca dessa complexidade ínsita ao culturalismo neokantiano radbruchiano (...) se formaram as diversas vertentes do culturalismo, e o relacionamento dessas vertentes com o plural pensamento jusfilosófico contemporâneo, até chegar-se à gênese do culturalismo neokantiano relativista de Radbruch, e ao ponto central deste, a inserção da axiologia no culturalismo jurídico (Lima, 2009, p. 32).

Compreender como Radbruch e seu jusnaturalismo cultural e racional que parte da consciência moral luterana mas transmuda para uma consciência moral jurídica humanista, sem retroceder ao tomismo e seu jusnaturalismo eivado de teocentrismo medieval, logrou “retomar o papel da consciência jurídica enquanto 'consciência do justo' “(...) com um re-direcionamento do problema valorativo na esfera jurídica como parte importante no processo de legitimação e interpretação do Direito” (Lima, 2009, p. 33).

## **1. O neokantismo de Baden e a fundação metodológica: a ciência cultural como referência a valores**

A emergência do neokantismo no final do século XIX não pode ser compreendida sem que se retroceda à longa trajetória do racionalismo ocidental, que, “dentre as múltiplas possibilidades de construção do saber filosófico”, destaca-se “pela perpétua mutabilidade de sua forma de exteriorização como conhecimento intelectual” (Lima, 2009, p. 27). Esta longa trajetória, que se inicia com a ontologia de Parmênides, desenvolve-se com o socratismo, atinge o cume na “teoria das ideias” de Platão e no racionalismo de método empírico-naturalista de Aristóteles, modifica-se em racionalismo teológico no cristianismo e, na Era Moderna, assume a forma do racionalismo gnoseológico de René Descartes (Lima, 2009, p. 27). Fruto de uma época conturbada,

em que o entrelaçamento de vontades autodeterminadas se mostra constante, os pensadores da modernidade adotaram diversificados sistemas, o que

.....

demonstra a grande ânsia de independência intelectual da época atual, proporcionada que foi pela relativa desvinculação do pensamento crítico das limitações conceituais da querela entre racionalismo e empirismo, sem mencionar a revolução da liberdade proporcionada pela Renascença e o protestantismo (Lima, 2009, p. 28).

É nesse caldo cultural que emerge a figura de Immanuel Kant, “herdeiro principal do cartesianismo e do idealismo, com sua concepção racionalista idealista subjetiva transcendental”(Lima, 2009,p.29), e é do sistema kantiano que “vão partir as ideias do idealismo contemporâneo de Hegel, Fichte e Eucken” (Lima, 2009, p. 29), bem como o neokantismo das Escolas de Baden e Marburgo.

A Escola de Baden, que pautou seu desenvolvimento na obra “Crítica da Razão Prática”, na qual Kant explicita a diferença entre ser e dever-ser, não podendo, dentro da sua concepção filosófica, este último derivar do primeiro (Lima, 2009, p. 33). A importância de Kant para a filosofia na modernidade é percebida na sua doutrina da existência das categorias mentais apriorísticas que condicionariam toda a atividade cognitiva humana, possuindo como consequência principal a diferenciação do campo de análise do conhecimento em fenômeno e *noumeno*, daí surgindo o idealismo crítico como “uma discussão permanente sobre a constituição do fenômeno, sempre numa procura de correlação ao *noumeno*” (Lima, 2009, p. 33). O filósofo que, sendo herdeiro do kantismo, inspirou diretamente o culturalismo de Baden foi Hermann Lotze, “um idealista subjetivo finalista que buscou aprimorar o estudo do valor com relevância singular na contemporaneidade”(Lima, 2009, p. 33), para quem “o valor seria uma potência do espírito subjetivo que num movimento transcendente de saída de si mesmo originaria todo o real”(Lima, 2009, p. 34), estabelecendo o princípio de que “o valor vale” (Lima, 2009, p. 34).

A caracterização do dever-ser como inerência inafastável da valoração, desenvolvida por Lotze, seria de não menos importância para os posteriores estudos axiológicos, notadamente os desenvolvidos pelos neokantistas (Lima, 2009, p. 35).

.....

Heinrich Rickert inscreve-se naquele vasto movimento de renovação filosófica inaugurado a fins do século XIX sob o signo da “volta a Kant”, movimento que buscava no arsenal kantiano armas para a contenda contra o materialismo e o positivismo que haviam dominado a filosofia alemã na segunda metade do século, mas, enquanto outras direções neokantianas prolongavam simplesmente a veia naturalista do mestre de Königsberg, Rickert, seguindo os passos de seu mestre Windelband e dotado de um espírito muito mais sistemático, dedicou-se a edificar uma filosofia concebida como teoria da cultura, cujo propósito fundamental era fazer da História um saber científico.

A grande inovação rickertiana reside em deslocar a discussão do plano ontológico, isto é, da pretensa distinção material entre objetos naturais e objetos espirituais, para o plano propriamente metodológico, pois não se trata mais de dividir as ciências por seus objetos, mas sim por seus métodos de abordagem da realidade, já que a realidade empírica é una e sua totalidade (corporal e espiritual) constitui um todo unitário que pode e deve ser investigado metodologicamente (Rickert, 1922, p. 43-44), não havendo, portanto, dois mundos separados, mas uma única realidade que pode ser considerada sob diferentes perspectivas epistemológicas, a descrição dos fatos físicos (ciências naturais ou gerais ou nomotéticas) e as ciências históricas (idiográficas ou particulares).

O que distingue fundamentalmente os dois grandes grupos de ciências é, conseqüentemente, o princípio formal de seleção do material, o “a priori” ou “pré-juízo” que orienta a transformação da realidade em conceito, pois a realidade, em sua imediatidade, apresenta-se como uma multiplicidade infinita e inabarcável que nenhum conhecimento finito pode reproduzir fielmente.

Para Rickert, com efeito, a realidade apresenta duas características fundamentais que a tornam irreduzível a uma apreensão conceitual direta e imediata, a saber: a continuidade, pois a natureza não dá saltos e tudo flui numa transição ininterrupta, e a heterogeneidade, pois tudo é diferente de tudo e não há duas

.....

realidades perfeitamente idênticas, sendo a união dessas duas características, a continuidade heterogênea, aquilo que imprime à realidade seu caráter de “irracionalidade”, ou seja, a impossibilidade de o conceito apreendê-la “tal como ela é” sem uma transformação radical (Rickert, 1922, p. 66-67).

O conhecimento científico não é, portanto, uma reprodução (*Abbildung*) da realidade, mas sim uma transformação, uma simplificação, uma esquematização que necessariamente deixa de lado a infinita multiplicidade do real para captar apenas aquilo que, sob determinado ponto de vista, mostra-se essencial.

Diante dessa constatação fundamental, abrem-se dois caminhos opostos para a formação dos conceitos científicos, dois métodos radicalmente distintos que respondem a interesses igualmente legítimos mas formalmente inconciliáveis: o primeiro, seguido pelas ciências naturais, opera por generalização e tem seu interesse voltado para o que é comum a uma pluralidade de objetos, para as leis universais que os regem, importando subordinar o caso particular a conceitos universais e prescindir de sua individualidade (nomotetismo).

A natureza, no sentido kantiano, é exatamente isso: “a existência das coisas, enquanto que é determinada por leis universais” (Rickert, 1922, p. 32), produzindo o método naturalista, metaforicamente, “trajes feitos, que o mesmo servem para Paulo que para Pedro, porque não se acomodam à figura de nenhum dos dois” (Rickert, 1922, p. 83); o segundo caminho, seguido pelas ciências históricas, opera por individualização e tem seu interesse voltado não para o que é comum, mas para o que é singular, peculiar, único, pois a história não quer confeccionar trajes feitos, mas sim expor a realidade em sua individualidade concreta (idiografismo).

O problema que imediatamente se coloca diante dessa distinção é, naturalmente, o seguinte: como é possível uma ciência do individual? Como transformar a continuidade heterogênea em conceito sem sacrificar justamente aquilo que a caracteriza, ou seja, sua individualidade?

.....

A resposta de Rickert, e aqui reside o cerne de sua contribuição para a filosofia do direito, é o conceito de cultura, pois cultura, em sua significação originária e etimológica, opõe-se a natureza: produtos naturais são os que brotam livremente da terra, enquanto produtos cultivados são os que o homem produz ou cuida “em atenção aos valores que neles residam” (Rickert, 1922, p. 50-51), de modo que os objetos culturais são, por definição, bens nos quais residem valores, e é precisamente essa referência a valores que fornece o princípio de seleção para a história, pois a realidade é infinitamente rica em sua individualidade e seria impossível e sem sentido expô-la em sua totalidade, necessitando o historiador de um critério para distinguir o essencial do transitório, o que deve ser conservado em sua individualidade e o que pode ser abandonado como mero diferenciar-se.

Esse critério é fornecido pelos valores culturais, pois os objetos e processos tornam-se historicamente significativos, adquirem uma individualidade em sentido estrito, quando, em sua peculiaridade individual, encarnam valores culturais ou estão em relação com estes (Rickert, 1922, p. 135-136), sendo a religião, o Estado, o Direito, a arte, a ciência, valores que todos reconhecemos como tais e em virtude desse reconhecimento universal adquirem a força necessária para servir de princípio seletivo na História. Importa salientar, contudo, que a referência a valores (*Wertbeziehung*) não se confunde com a valoração (*Wertung*), pois valorar é elogiar ou censurar, tomar partido, enquanto referir a valores é, diversamente, reconhecer a significação de um objeto para a realização de determinados bens culturais, de modo que o historiador que descreve a Revolução Francesa não precisa, e não deve enquanto cientista, julgar se ela foi benéfica ou nociva, mas não pode ignorar que os eventos compreendidos sob esse nome são importantes e significativos para o desenvolvimento cultural da Europa, o que é referência a valores, não valoração (Rickert, 1922, p. 146-147).

É sobre essa base que Rickert edifica a possibilidade de uma ciência cultural histórica, pois a história é ciência porque possui um princípio de seleção, é

.....

individualizadora porque esse princípio orienta-se para a captação do singular significativo, e a objetividade dessa ciência, diversa da objetividade das ciências naturais, funda-se na vigência universal dos valores culturais dentro de uma comunidade histórica concreta (Rickert, 1922, p.150-151), estabelecendo assim as bases metodológicas sobre as quais Radbruch poderá, mais tarde, construir sua filosofia do direito como teoria cultural do fenômeno jurídico.

## **2. A mediação de Emil Lask e a crítica fenomenológica: o direito como objeto cultural**

Emil Lask, figura trágica e brilhante que faleceu na Primeira Guerra Mundial como voluntário, aluno que foi de Husserl e Heidegger, desempenha um papel absolutamente decisivo na aplicação dessas categorias neokantianas ao domínio jurídico específico, e sua importância para Radbruch é atestada não apenas pelas palavras deste último em sua autobiografia, mas pela própria estrutura conceitual que ambos compartilham e que revela uma contribuição intelectual profunda, pois Lask herdara da fenomenologia husserliana uma sensibilidade particular para a imediatidade do fenômeno, o que o levou a compreender que o fenômeno em sua imediatidade passa a ser o próprio objeto do conhecimento histórico e que o valor surge como constitutivo do sentido do objeto cultural.

Para compreender adequadamente essa mediação, é necessário retroceder à fenomenologia de Edmund Husserl tal como exposta em *A Ideia da Fenomenologia*, onde o filósofo parte de uma perplexidade fundamental do pensamento natural: como pode o conhecimento, que é imanente à consciência, atingir um objeto transcendente que estaria fora da consciência, e como podem as tentativas de resolver esse problema no interior do pensamento natural, seja pelo biologismo, seja pelo psicologismo, terminar invariavelmente em contradição (Husserl, 1989, p.21), numa tendência ao ceticismo

.....

declarado que precisa ser superada por uma teoria do conhecimento radicalmente nova.

A resposta de Husserl é a redução fenomenológica, que consiste em colocar “entre parênteses” todo o transcendente, toda posição sobre a existência do mundo exterior, para concentrar-se no dado absoluto da consciência: as *cogitationes*, as vivências (*Erlebnisse*), que, enquanto vividas e refletidas, são os primeiros dados absolutos, inquestionáveis (Husserl, 1989, p. 22-23), mas Husserl vai além e, mediante a “abstração ideativa”, descobre que também as essências universais são dadas de modo absoluto e evidente, tornando-se a fenomenologia uma “investigação na esfera da evidência pura e, claro, investigação de essências (*Wesensforschung*)” (Husserl, 1989, p. 29).

O passo decisivo, contudo, é a descoberta da correlação intencional, pois ao analisar uma vivência simples como a percepção de um som que dura, mesmo dentro da imanência pura, descobre-se uma diferença essencial: “temos dois dados absolutos, o dado do fenômeno e o dado do objeto” (Husserl, 1989, p. 31-32), e o objeto (a melodia, a duração) não está contido no ato fenomênico como uma parte sua, mas se constitui nele, revelando que a consciência não é um receptáculo passivo, mas é sempre consciência de algo, e o “estar dado das coisas” não é um estar dentro de um contentor, mas um “exibir-se (ser representadas) de tal e tal modo em tais fenômenos” (Husserl, 1989, p. 33), dissolvendo assim o modelo epistemológico dualista de sujeito e objeto e transformando o problema do conhecimento na análise de como os objetos se constituem na corrente das vivências intencionais. nesse contexto filosófico, marcado pela descoberta da intencionalidade e pela dissolução do dualismo cartesiano, que Emil Lask desenvolve sua teoria dos objetos, a qual Radbruch assimilará de maneira decisiva para sua concepção do direito, distinguindo Lask três tipos fundamentais de objetos: os objetos naturais, que têm existência no tempo e no espaço; os objetos ideais, que têm validade mas não existência, como os valores puros e os números; e os objetos

.....

culturais, que têm existência e estão referidos a valores (Lask, 1923, p. 313), sendo precisamente nesta terceira categoria que o direito se insere, pois o direito é uma realidade empírica (composta de leis, tribunais, decisões, instituições) que só pode ser compreendida quando referida ao valor da justiça que lhe confere sentido e significação.

É de Edmund Husserl que Lask retirou contribuições decisivas, tais como a intencionalidade do conhecimento, a qual ele aplicou na captação das estruturas formantes da cultura; dentre essas estruturas formadoras do processo cultural tem-se os valores, que sempre são norteados teleologicamente, tanto em sua constituição interna (tendendo necessariamente para um fito ideal), como na sua consistência exterior, enquanto objetos de cognição do homem no processo do fazer cultural (Lima, 2009, p. 44). Husserl legou a Lask o imprescindível conceito (e a postura investigativa) da intuição intelectual essencial (*Wesenschau*), um dos conceitos fundantes da fenomenologia essencialista, tais como a procura da coisa-em-si (*noumeno*) e a suspensão do juízo sobre a coisa (*epoche*) como meio de efetiva apreensão da realidade núnica subjacente aos fenômenos (Lima, 2009, p. 44). A intuição eidética, prosseguimento natural da *epoche* no encadeamento dos atos investigadores do cerne do fenômeno, pode ser definida como “o contato imediato com a essência de um fenômeno, só que um contato a nível racional, e não aquele apriorismo emocionalista captador do valor, sugerido por Max Scheler” (Lima, 2009, p. 44). A intuição intelectual seria dessa forma a fonte captadora do valor, realizando Lask, mediante a aplicação da categoria da cultura, “uma junção de emocionalismo (fenomenológico) e intelectualismo (neokantiano), com a preponderância deste último elemento” (Lima, 2009, p. 44-45).

Lask opera, assim, uma distinção metodológica fundamental na ciência do direito ao observar que o direito pode ser visto “como um fator cultural real, como um processo da vida social, ou como um complexo de significações, mais precisamente,

.....

como significações de normas em seu ‘conteúdo dogmático’” (Lask, 1923, p. 311), de modo que o direito em sentido social vale como fator cultural real, enquanto o direito em sentido jurídico vale como síntese de significados meramente pensados (Lask, 1923, p. 313), mas em ambos os casos trata-se de objetos culturais, isto é, realidades empíricas que só podem ser compreendidas quando referidas a valores que lhes são transcendentais. O que caracteriza a conceitualização jurídica, para Lask, é seu caráter teleológico, pois seguindo as ideias de Jhering e Rickert, Lask estabelece a finalidade do direito como o princípio que “essencialmente” caracteriza os conceitos em sentido jurídico (Lask, 1923, p. 316), na medida em que mesmo os objetos físicos não caem sob o domínio do direito na totalidade de suas características, mas apenas no conjunto de suas faces suscetíveis ao domínio da vontade (Lask, 1923, p. 316), criando o mundo conformado juridicamente possibilidades de estruturação sem precedente, novas sínteses, novas unidades e princípios de individualização totalmente diferentes da consideração naturalista e da concepção de vida comum (Lask, 1923, p. 316-317).

É precisamente essa dupla face do direito (dualismo metodológico), realidade empírica e significado ideal, fato e valor, ser e dever-ser, que Radbruch herdará e desenvolverá em sua filosofia, compreendendo que o direito não se reduz nem ao mero fato bruto da natureza, nem ao puro valor ideal da justiça considerado em sua abstração, mas ocupa exatamente esse espaço intermediário, essa ponte que a cultura estabelece entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser, e é nessa posição liminar que reside toda a riqueza e toda a problematicidade do fenômeno jurídico.

Os aspectos centrais da acepção axiológica de Lask podem ser sintetizados como sendo: a fusão de neokantismo e fenomenologia no erigir de uma teoria axiológica; a presença de um intelectualismo intuitivo com um componente mínimo de emocionalismo no conhecimento dos valores; a Cultura subordinada à concretização valorativa; a fundamentação metafísica do valor num plano espiritual transcendental objetivo; a enumeração dos componentes básicos do valor como sendo, conforme a

.....

lição da fenomenologia: polaridade, realizabilidade, objetivismo, hierarquia, absolutismo, referibilidade, transcendência, idealidade, inesgotabilidade, dever-ser extrínseco à essência valorativa; e, por fim, o objetivismo radical, segundo o qual os valores estão contidos num plano ideal como essências imutáveis (Lima, 2009, p. 45).

### **3. A síntese de Gustav Radbruch: o Direito como realidade cultural e a ideia de Direito**

#### **3.1 Realidade e Valor: O Direito como Fenômeno Cultural**

O ponto de partida de Radbruch para a elaboração de seu sistema filosófico-jurídico é a mesma perplexidade fundamental que move Rickert e Lask, a saber, a constatação de que em nossas vivências cotidianas, realidade e valor aparecem-nos “caoticamente baralhados e confundidos” (Radbruch, 1979, p. 40), pois atribuímos valor às coisas e às pessoas naturalmente, quase sem perceber, e todavia não nos lembramos de que esse valor que enxergamos no mundo não está nas coisas em si mesmas, mas é algo que provém de nós, uma qualidade que o sujeito atribui ao objeto, transformando-o em parte da cultura. Diante dessa constatação, Radbruch identifica três atitudes fundamentais do espírito humano diante do mundo: a primeira é a atitude não valorativa, cega para valores, que quando exercida metodicamente constitui a essência do pensamento científico das ciências naturais (Radbruch, 1979, p. 40); a segunda é a atitude valorativa propriamente dita, que constitui a essência da “Filosofia dos Valores” nos seus três ramos, Lógica, Moral e Estética (Radbruch, 1979, p. 40); mas entre essas duas atitudes há uma terceira posição possível, uma posição intermediária que verdadeiramente interessa a Radbruch: a atitude que refere realidades a valores (*Wertbeziehend*), e é exatamente nela que o direito encontra o seu lugar próprio.

.....

Para Radbruch, com efeito, o direito é um fato cultural, um fenômeno cultural, o que significa que ele não é um objeto bruto da natureza, mas sim uma realidade empírica, feita de leis, de códigos, de tribunais, de decisões, de instituições, que só pode ser compreendida quando referida ao valor da justiça, de modo que o conceito de direito não pode definir-se de outra maneira que não seja esta: “o conjunto de dados da experiência que têm o 'sentido' de pretenderem realizar a ideia de direito” (Radbruch, 1979, p. 45). A definição é precisa e contém quatro elementos fundamentais que merecem ser cuidadosamente desdobrados: primeiro, o direito é uma realidade, existe no mundo, são normas, códigos, instituições; segundo, essa realidade tem um sentido, não é um amontoado de normas, ela aponta para algo além de si mesma; terceiro, esse sentido é servir à justiça, o direito pretende ser justo, essa é sua razão de ser; quarto, por isso é possível haver direito injusto, pois uma lei pode ser má, pode falhar em seu propósito, mas ainda será direito enquanto mantiver essa pretensão de justiça, e como Radbruch formula: “O direito pode ser injusto (*summum ius summa iniuria*) e contudo não deixa de ser direito, na medida em que o seu 'sentido' vem a ser precisamente esse: o de realizar o justo” (Radbruch, 1979, p. 45).

Esta definição inscreve-se diretamente na tradição neokantiana e revela a dívida de Radbruch para com seus mestres, pois entre a categoria do juízo de existência (ser) e a categoria do juízo de valor (dever-ser), é preciso estabelecer ainda uma categoria intermédia: a dos juízos referidos a valores; assim como, correspondentemente, entre as categorias de natureza e de ideia, é preciso dar um lugar à categoria cultura (Radbruch, 1979, p. 79), transitando Radbruch de um dualismo para um trilateralismo nas maneiras possíveis de contemplar o direito, estabelecendo-o como “uma realidade referida a valores, ou seja, de mero facto cultural” (Radbruch, 1979, p. 79).

### **3.2 A Ideia de Direito: Justiça, Finalidade e Segurança**

.....

Se o direito é a realidade que tem o sentido de servir à justiça, impõe-se naturalmente a pergunta: o que é justiça? Radbruch retoma a tradição aristotélica e responde que justiça significa, fundamentalmente, igualdade, e a igualdade pode ser compreendida de duas formas: justiça comutativa, que é a igualdade absoluta entre bens, como a que se dá entre o salário e o trabalho ou entre o dano sofrido e indenização, e justiça distributiva, que é a igualdade proporcional, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade (Radbruch, 1979, p. 88-89), sendo a justiça distributiva a forma primitiva de justiça, aquela que realmente interessa ao conceito de direito (Radbruch, 1979, p. 89-90). Contudo, Radbruch percebe um problema fundamental: essa justiça é puramente formal, pois ela nos ensina a tratar igualmente coisas iguais e desigualmente coisas desiguais, mas não nos diz quem devemos considerar iguais ou desiguais, nem como devem ser tratados, e nas palavras do autor: “A justiça só determina e só nos dá a 'forma' do jurídico, não o seu conteúdo” (Radbruch, 1979, p. 124).

Para preencher esse conteúdo, é necessário recorrer a uma segunda ideia: a ideia de fim (*Zweck*), e o problema do fim do direito remete à pergunta sobre qual dos valores últimos, os valores individuais, os supra-individuais ou os transpessoais, o direito é chamado a servir. Radbruch identifica três grandes concepções de mundo que respondem a essa pergunta de maneiras diversas e inconciliáveis: a concepção individualista tem como valor supremo a pessoa humana e o fim do direito é garantir a liberdade individual; a concepção supra-individualista tem como valor supremo a coletividade, a nação ou o Estado e o fim do direito é fortalecer o todo social; a concepção transpersonalista tem como valor supremo a cultura, a obra humana e o fim do direito é realizar grandes feitos, a ciência e a arte (Radbruch, 1979, p. 127-128, 130-131). O problema, e aqui reside o núcleo do relativismo radbruchiano, é que não há critério racional para hierarquizar essas concepções, pois cada uma parte de um

.....

pressuposto diferente e a escolha entre elas é, em última instância, uma decisão política, uma tomada de posição que a razão pura não pode fundamentar.

A isso Radbruch dá o nome de relativismo: a razão, sozinha, não pode determinar hierarquias entre valores últimos, e como o autor esclarece: “o relativismo procura apenas mostrar-lhe as diferentes possibilidades de posição e de escolha que pode adoptar” (Radbruch, 1979, p. 55), cabendo ao indivíduo, em sua consciência, a decisão última. Como garantir que o direito não se torne mero instrumento da vontade de quem detém o poder? Radbruch sustenta que por meio da segurança jurídica, pois a segurança exige que o direito seja positivo, ou seja, estabelecido por uma autoridade, certo, previsível, coativo, estável, e a positividade do direito vem a ser, ela própria, “um pressuposto da sua certeza” (Radbruch, 1979, p. 160-161), sendo a segurança, diferentemente do fim, um valor universal que toda sociedade, independentemente de sua ideologia, reconhece como necessário.

Radbruch reconhece, assim, três elementos ou “ingredientes” da ideia de direito: a justiça (valor formal, absoluto), a finalidade (valor material, mas relativo) e a segurança jurídica (positividade, ordem), e estes três elementos não convivem harmoniosamente; ao contrário, encontram-se em permanente e inevitável antinomia, pois a justiça tende à generalização, a finalidade exige a consideração da desigualdade, a segurança requer a positividade, a lei estabelecida independentemente de sua justiça ou adequação a fins (Radbruch, 1979, p. 162-163), de modo que o direito é, em sua essência, um equilíbrio instável e permanentemente tensionado entre esses polos.

### **3.3 O Dever Jurídico: Entre o *Müssen* e o *Sollen***

A questão do dever jurídico é central na filosofia de Radbruch e exige que se distinga cuidadosamente entre ser forçado a obedecer e dever obedecer, pois o direito positivo, como ato de vontade do Estado, pode coagir, e se descumpro sofro uma

.....

sanção, o que é um *Müssen* (ter que fazer), não um *Sollen* (dever ser), já que a coação por si só não gera dever, implicando o dever uma vinculação interna, um reconhecimento de legitimidade que transcende a mera factualidade do poder. Radbruch localiza essa vinculação na consciência moral, afirmando que só pode rigorosamente falar-se de normas jurídicas, de um dever-ser jurídico, de uma validade jurídica, e portanto de deveres jurídicos, quando o imperativo jurídico for dotado pela própria consciência dos indivíduos “com a força obrigatória ou vinculante do dever moral” (Radbruch, 1979, p. 109), o que não significa que direito e moral se confundam, pois eles têm conteúdos distintos, o direito regula a vida social, a moral a interioridade, mas o fundamento da obrigatoriedade, o porquê devo obedecer, é inescapavelmente moral.

Radbruch acrescenta que o direito é apenas a “possibilidade da moral” (Radbruch, 1979, p. 112), pois ele cria as condições externas para que a moralidade possa florescer, mas não pode forçá-la porque o ato moral, por natureza do seu próprio conceito, só pode ser um ato de liberdade, e nessa função o direito começa por se encontrar ao lado da moral, estranho a ela, diferente dela, mas como meio para a realização de valores morais acaba por participar do valioso desse fim, e “deste modo, embora com reserva de sua autonomia, é absorvido pela Moral” (Radbruch, 1979, p. 113). O problema da obrigatoriedade do direito revela, assim, sua estrutura complexa, pois a teoria jurídica pode deduzir a obrigatoriedade de um preceito de outro preceito superior (um regulamento da lei, a lei da Constituição), mas chegada à Constituição a cadeia se interrompe: ela é, do ponto de vista estritamente jurídico, uma *causa sui*, cuja obrigatoriedade não pode ser justificada nos mesmos termos (Radbruch, 1979, p. 171).

É precisamente aqui que o relativismo se integra ao sistema como elemento essencial, pois se não é possível demonstrar cientificamente qual é o fim último do direito, é preciso que a vontade e o poder estabeleçam, ao menos, o que deve vigorar como direito, e a segurança jurídica, fornecida pelo direito positivo, justifica sua

.....

obrigatoriedade mesmo quando injusto ou mal adaptado a um fim (Radbruch, 1979, p. 180). Mas isso tem um limite, e é nesse limite que a filosofia de Radbruch atinge sua expressão mais célebre e mais profunda.

#### **4. A fórmula da extrema injustiça: o não direito como fundamento axiológico**

A experiência do nacional-socialismo foi, sem dúvida, decisiva para Radbruch, pois o positivismo jurídico que reinava na Alemanha mostrou-se incapaz de oferecer resistência à barbárie, e o princípio “a lei é a lei” desarmou os juristas diante de leis de conteúdo arbitrário, produzindo o fenômeno que Radbruch denominou de “arbitrariedade legal” (Radbruch, 2019, p. 63). Diante disso, Radbruch desenvolve sua tese mais conhecida, que ficou consagrada como Fórmula de Radbruch: “A injustiça extrema não é direito” (Alexy, 2013, p. 18; Radbruch, 1979, p. 416; Radbruch, 2019, p. 63), cujo significado profundo só pode ser compreendido se retornamos à definição de direito como realidade que tem o sentido de servir à justiça, pois se uma lei abandona deliberadamente essa pretensão, se nega a igualdade de forma sistemática e consciente, ela deixa de ser direito, não é direito injusto, é “não direito”. Diz Radbruch (2019,p.63):”onde nem sequer uma vez se pretende alcançar a justiça, onde a igualdade que constitui a medula da justiça é negada claramente pelo direito positivo, ali a lei não somente é direito injusto, mas carece de toda natureza jurídica”, e isso não significa, convém notar, que qualquer injustiça torna a lei inválida, pois o direito positivo mantém seu valor, o valor da segurança jurídica, mesmo quando seu conteúdo é imperfeito, e em condições de normalidade a segurança deve prevalecer, obedecendo-se à lei mesmo quando imperfeita porque a paz social é um bem essencial. Mas há um limite, e quando a lei ultrapassa o limiar da injustiça extrema, o dever de obediência cessa, pois a segurança já não pode justificar a barbárie.

.....

O que caracteriza, então, a injustiça extrema? Radbruch oferece alguns critérios fundamentais: em primeiro lugar, a negação consciente do princípio da igualdade, que constitui o cerne da justiça, pois quando as leis:

conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o carácter de jurídicas (Radbruch, 1979, p. 416).

Em segundo lugar, o tratamento dos homens como “sub-homens” e a negação dos direitos humanos (Radbruch, 2019, p. 63); em terceiro lugar, a imposição de penas sem consideração pela diversidade dos delitos, guiadas apenas por necessidades momentâneas de intimidação (Radbruch, 2019, p. 63). Radbruch analisa casos concretos para ilustrar sua tese, como o caso *Puttfarken*, em que um funcionário judicial denunciara um comerciante por escrever “Hitler é um assassino de massas e culpado da guerra”, denúncia que levou à condenação e execução do denunciado, e argumenta que a lei nacional-socialista sob a qual Göttig foi condenado carecia de validade jurídica, pois a frase proclamada por Göttig era “a pura verdade” (Radbruch, 2019, p. 56) e quem a difundia não ameaçava o Reich, apenas “tratava de contribuir para eliminar o corruptor do Reich, e assim salvar ao Reich; o contrário, portanto, da alta traição” (Radbruch, 2019, p. 56).

Radbruch está plenamente consciente dos perigos que sua fórmula encerra, pois o conceito de arbitrariedade legal e a negação de natureza jurídica às leis positivas podem acarretar “terríveis perigos para a segurança jurídica” (Radbruch, 2019, p. 63), mas a experiência dos doze anos de nacional-socialismo impõe a necessidade de armar-se contra o retorno de tal arbitrariedade por meio da “superação 'fundamental' do positivismo, que enervou toda capacidade de defesa contra o abuso da legislação nacional-socialista” (Radbruch, 2019, p. 63).

.....

A solução radbruchiana, contudo, não é um retorno ao direito natural clássico, pois como bem observa Arthur Kaufmann, Radbruch “nunca sacrificou a segurança jurídica, como uma parte constitutiva da ideia de direito, a um vago pensamento jusnaturalista” (Kaufmann, 2004, p. 63), e o que ele considera e reconhece como direito natural são “certos direitos subjectivos do homem que, muito embora históricos, são dados prévios e indisponíveis para o legislador histórico, portanto, no essencial, aquilo a que nós chamados Direitos Humanos e Fundamentais” (Kaufmann, 2004, p. 64).

É precisamente nesse ponto que a filosofia de Radbruch antecipa o não positivismo includente de Robert Alexy, para quem “a injustiça extrema não é direito” significa que “os defeitos morais socavam a validade jurídica se e só se o umbral da extrema injustiça se transgredisse” (Alexy, 2013, p.18), estando a moral necessariamente incluída no conceito de direito, mas apenas em casos extremos ela invalida a norma, de modo que os direitos humanos emergem como núcleo axial intransponível, como o limite material que nenhuma positividade pode legitimamente ultrapassar.

## **Considerações finais**

A filosofia do direito de Gustav Radbruch, edificada sobre os alicerces do neokantismo de Baden e da fenomenologia de Lask e Husserl, oferece uma resposta complexa e matizada à pergunta que a atravessa desde o início: por que devemos obedecer ao direito? O dever jurídico, demonstrou-se ao longo deste percurso, não se funda na mera força coativa do Estado, pois a coação gera um *Müssen*, um ter que fazer, mas não um *Sollen*, um dever ser, e o dever jurídico genuíno só existe quando o imperativo estatal é acolhido pela consciência individual como obrigatório, quando a norma positiva é dotada “com a força obrigatória ou vinculante do dever moral”

.....

(Radbruch, 1979, p. 109), sendo o fundamento da obrigatoriedade, em última instância, moral.

Contudo, isso não significa que direito e moral se confundam, pois o direito, como realidade cultural referida ao valor justiça, ocupa um espaço intermediário entre o ser e o dever-ser, sendo a “possibilidade da moral” (Radbruch, 1979, p. 112), a ordem externa que cria as condições para que a interioridade moral possa florescer, e é precisamente essa função que justifica, em condições de normalidade, a obediência a leis imperfeitas, pois a segurança jurídica, a paz social, a ordem são valores que merecem respeito, e como Sócrates (Platão, 2023, p.53), que preferiu morrer a destruir a ordem jurídica da pólis, devemos reconhecer que mesmo a sentença injusta merece obediência quando representa a segurança do direito. Mas há um limite, e quando a lei ultrapassa o limiar da injustiça extrema – quando nega deliberadamente a igualdade, quando trata os homens como sub-homens, quando abandona a própria pretensão de servir à justiça –, o dever de obediência cessa, pois a segurança já não pode justificar a barbárie, e a lei, que pretendia ser direito, revela-se como o que sempre foi: mera arbitrariedade, puro fato de poder, “natureza” no sentido rickertiano, da qual se retirou toda referência a valor.

A fórmula de Radbruch – “a injustiça extrema não é direito” – é, assim, o corolário necessário de uma filosofia que recusa tanto o positivismo ingênuo, que identifica direito com qualquer conteúdo formalmente posto, quanto o jusnaturalismo clássico, que pretende deduzir de princípios abstratos um sistema completo de normas materiais, sendo a expressão de um pensamento que, situando-se “além do positivismo e do direito natural” (Kaufmann, 2004, p. 64), reconhece no direito um fenômeno cultural, histórico, referido a valores, cuja juridicidade depende da manutenção de uma pretensão de justiça. Cabe ao jurista, por conhecer o direito, discernir quando essa pretensão foi abandonada, quando a ordem se tornou instrumento da barbárie, e ser “o primeiro a recusar o título de direito à arbitrariedade”, pois a jusfilosofia de Radbruch

nos lembra que o Direito é um equilíbrio instável e permanente entre justiça, finalidade e segurança, e quando a balança pende a tal ponto que a ordem se torna negação da humanidade, o dever de obediência se extingue, restando então o dever mais fundamental: o de reconhecer que ali, onde a injustiça se torna extrema, o Direito deixou de existir.

## Referências

ALEXY, Robert. **El No Positivismo Incluyente**. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 36, p. 15-23, 2013.

HUSSERL, Edmund. **A ideia da Fenomenologia**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1989.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LASK, Emil. **Filosofia do Direito**. In: LASK, Emil. *Gesammelte Schriften Band I*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923. p. 275-331. Tradução: José de Resende Júnior. *Revista Direito e Práxis*, 2013.

LIMA, Newton de Oliveira. **Teoria dos valores jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch**. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2009.

PLATÃO. **Apologia a Sócrates. Críton**. Belém: EDUFPA, 2023.

RADBRUCH, Gustav. **Der innere Weg: Aufriß meines Lebens**. Stuttgart: K. F. Koehler Verlag, 1951.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho suprallegal**. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2019.

RICKERT, Heinrich. **Ciencia cultural y ciencia natural**. Tradução de Manuel García Morente. Madri: Calpe, 1922.