

JUSTIÇA OU LEGALIDADE? O DILEMA DECISÓRIO DIANTE DE NORMAS INJUSTAS

JUSTICE OR LEGALITY? THE DECISION-MAKING DILEMMA IN THE FACE OF UNJUST RULES

André Ricardo Antonovicz Munhoz¹

RESUMO: O presente ensaio teve por objetivo discutir a conduta judicial decisória quando a norma infraconstitucional incidente se constitui como injusta, a fim de contemplar resposta adequada ao seguinte questionamento orientador da pesquisa: Poderia o jurista, especificamente o magistrado, deixar de aplicar uma norma infraconstitucional considerando-a injusta? Inicialmente, considerou-se que sob uma visão positivista estrita, o juiz estaria limitado à interpretação e aplicação técnica da lei, sem se envolver em avaliações de justiça, contudo, ao adotar uma abordagem mais ampla, surge a possibilidade de resistir à aplicação de normas que violem direitos fundamentais. A resistência a leis injustas tem respaldo em teorias de direito natural e justiça substancial, as quais reclamam que as leis devem estar alinhadas a princípios morais e de equidade. A isso se acresce o desafio enfrentado pelo positivismo jurídico no pós-Segunda Guerra, emergido dos horrores praticados sob regimes totalitários, aí despontando a "fórmula de Radbruch" que sintetiza essa tensão ao sugerir que o direito positivo deve ser seguido, exceto quando insuportavelmente injusto. Conclui-se que, nos casos de injustiça extremada e socialmente reconhecida, o magistrado pode, e deve, deixar de aplicar normas que violem a dignidade humana, mesmo que formalmente válidas.

1557

Palavras-chave: Positivismo jurídico. Normas injustas. Fórmula de Radbruch. Teoria da justiça. Dignidade humana.

ABSTRACT: This essay aimed to discuss the judicial decision-making conduct when the applicable infra-constitutional norm is considered unjust, in order to contemplate an adequate answer to the following guiding question of the research: Could the jurist, specifically the magistrate, fail to apply an infra-constitutional norm considering it unjust? Initially, it was considered that under a strict positivist view, the judge would be limited to the interpretation and technical application of the law, without engaging in assessments of justice; however, by adopting a broader approach, the possibility arises of resisting the application of norms that violate fundamental rights. Resistance to unjust laws is supported by theories of natural law and substantial justice, which claim that laws must be aligned with moral and equity principles. Added to this is the challenge faced by legal positivism in the post-World War II period, which emerged from the horrors practiced under totalitarian regimes, and which gave rise to the "Radbruch formula", which summarizes this tension by suggesting that positive law should be followed, except when it is unbearably unjust. It follows that, in cases of extreme and socially recognized injustice, the judge can, and should, refrain from applying rules that violate human dignity, even if they are formally valid.

Keywords: Legal positivism. Unjust rules. Radbruch formula. Theory of justice. Human dignity.

¹Mestrando do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Defensor Público (DPE-AM).

INTRODUÇÃO

A análise do papel do juiz na aplicação do direito, especialmente em face de leis que possam ser consideradas injustas, é uma questão central na teoria jurídica. Sob uma perspectiva estritamente positivista, o papel do magistrado estaria limitado à mera aplicação da lei conforme sua interpretação técnica e os princípios constitucionais, independente de opiniões outras sobre a justiça da norma. Nessa abordagem, o juiz seria, em essência, um intérprete da lei sem maiores considerações acerca do impacto ético das decisões judiciais na sociedade.

Contudo, ao se considerar o direito sob uma ótica mais ampla, envolvendo princípios como os costumes e os fins sociais da legislação, abre-se espaço para uma análise mais profunda. Nessa perspectiva, sugere-se que o magistrado deve considerar o bem comum e a justiça social ao aplicar a lei, o que implica uma responsabilidade ética de resistir à aplicação de normas que, por sua natureza, possam ser consideradas pelo corpo social como profundamente injustas ou contrárias a direitos fundamentais. A resistência à aplicação de leis injustas, ainda que formalmente válidas, tem respaldo teórico em abordagens relativistas que transcendem o positivismo jurídico e se aproximam de uma concepção de direito natural.

A teoria do direito natural defende que as leis devem estar em conformidade com princípios morais inerentes à natureza humana, e que normas que violem esses princípios não são válidas do ponto de vista da justiça. Da mesma forma, a teoria da justiça substancial avalia a validade das leis com base em conceitos de equidade e da dignidade humana.

Essa discussão adquire especial relevância quando se analisa o contexto histórico do pós-guerra, em que o positivismo estrito foi desafiado após os horrores cometidos sob regimes totalitários, como o nazismo. A "fórmula de Radbruch", criada após a Segunda Guerra Mundial, sintetiza a tensão entre a segurança jurídica e a justiça, ao postular que o direito positivo deve ser seguido, exceto quando seu conteúdo for insuportavelmente injusto.

DO PÓS-POSITIVISMO

O mote do trabalho orbita em encontrar uma resposta substancialmente adequada para a seguinte indagação: Poderia o jurista, especificamente o magistrado, deixar de aplicar uma norma infraconstitucional considerando-a injusta? Com o propósito de responsividade à indagação é que se torna necessária reflexão e diálogo ao qual, então, se propõe a estabelecer.

Pensada sob uma perspectiva estritamente positivista – e já excluída de início a possibilidade de argumentação no sentido mais corriqueiro de abordagem da questão acerca do controle de constitucionalidade –, a resposta poderia ser negativa, pois o papel do juiz estaria restrito em se aplicar a lei de acordo com uma interpretação em conformidade com os princípios constitucionais, mas sempre de forma independente a juízos valorativos outros acerca da justiça ou injustiça da norma.

Entretanto, poder-se-ia iniciar uma ponderação do assunto fundado nas disposições da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, quando se refere “aos costumes e princípios gerais de direito” além de que “na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 4º e 5º) (Brasil, 1942) ou, também, na Lei dos Juizados Especiais ao prescrever que “o Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum” (art. 6º) (Brasil, 1995), os quais fornecem pistas, ou melhor denominadas: “evidências”, acerca da responsabilidade moral de resistência, para não se aplicar leis consideradas profundamente injustas ou contrárias a princípios fundamentais de justiça.

Existem, ainda, teorias de matrizes filosóficas, como se faz importante mencionar, pautadas em concepções mais amplas do direito comparativamente ao direito enquanto compreendido no plano do positivismo jurídico. Elas se ocupam mais do direito natural e da justiça substancial do que em relação à verificação da origem estatal de uma norma e se foram cumpridas determinadas formalidades legislativas para a sua criação.

A teoria do direito natural argumenta que certos princípios morais são inerentes à natureza humana e que as leis devem estar em conformidade com esses princípios para serem válidas e justas. De acordo com essa visão, se uma lei violar princípios fundamentais de justiça ou direitos humanos, o juiz pode se recusar a aplicá-la. Outra abordagem relacionada é a teoria da justiça substancial, que se baseia em concepções de justiça e equidade para avaliar a validade e a justiça das leis. Segundo essa perspectiva, um juiz pode considerar uma lei injusta se ela criar disparidades injustificadas, privilegiar determinados grupos ou violar princípios básicos de igualdade ou dignidade humana.

Faz-se imperioso também é ressaltar o “renascimento” do direito natural, o jusnaturalismo ou pós-positivismo, após as atrocidades praticadas contra a humanidade no Estado nazista, amparadas por um sistema político-jurídico em que legisladores e juízes foram,

em regra, cooptados pelo regime, e passaram a agir para consecução dos fins ideológicos da supremacia racial instrumentalizada no ordenamento jurídico, permitindo, com isso, violações de direitos humanos, apesar de resultados gravemente injustos.

Segundo Samuel Miner (2021, n. p. – tradução nossa), “[o] judiciário teve um papel crucial na consolidação do regime e na destruição de um sistema de justiça democrático”. O autor (2021, n. p. – tradução nossa) ainda atribui a Hitler o pensamento de que “[a] nossa compreensão jurídica deve, em primeira instância, servir à preservação da comunidade racial... O indivíduo não pode ser o ponto principal das preocupações jurídicas, mas sim o Volk”.

Portanto, vê-se um engendramento deturpador no estabelecimento das leis, no sentido de que o sistema jurídico deveria ter por fim último o bem comum de todo o povo alemão em detrimento de eventuais interesses/direitos individuais. Ocorre que o bem comum eleito segundo a ideologia à época vigente era o da necessidade de manutenção de uma identidade racial.

Com efeito, o estabelecimento desse estado de coisas só foi possível, também, pelo aparelhamento na estrutura da criação das leis em que, pautado estritamente pelo sistema positivista, na sequência, o juiz teria de limitadamente aplicá-la sem qualquer preocupação outra. Desse modo, foi-se ajustado um cenário jurídico desgarrado das noções filosóficas básicas de valoração acerca da dignidade da pessoa humana, como as propostas por Kant (2007), pela qual se apregoa que cada pessoa é um fim em si mesma, não podendo se admitir, portanto, uma concepção utilitarista, pela qual poder-se-ia considerar alguém como mero meio ou instrumento para a satisfação, então finalística, de outros interesses.

A respeito disso, aduz Cristian Kiefer da Silva, que

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a queda do Terceiro Reich, as cortes alemãs receberam o intenso desafio de se manifestar sobre o direito nazista e suas consequências. Em tal período, a lista de monstruosidades cometidas se enquadrava em um catálogo de horrores, e nenhum meio-século testemunhou tanto massacre em escala, crueldades, desumanidades, condenação de povos inteiros à escravidão e aniquilamentos de minorias (Silva, 2021).

DA INJUSTIÇA EXTREMADA E SOCIALMENTE INSUPORTÁVEL

Passados os percalços desses tempos de horror, Gustav Radbruch, que antes era um ferrenho positivista, mas teve de se exilar por suas raízes judaicas, passou a defender um novo direito, agora também informado por valores fundamentais, criando inclusive uma fórmula de aplicação, como citado por Otavio Luiz Rodrigues Junior:

Em 1946, Gustav Radbruch publicou um pequeno (e polêmico) trabalho intitulado *Injustiça legal e direito supralegal*, no qual, segundo alguns, ele teria abjurado suas posições positivistas e abraçado o jusnaturalismo, após os horrores do nazismo e de suas práticas genocidas. Essa *viragem* doutrinária de Radbruch é geralmente citada por muitos juristas do pós-guerra, embora haja controvérsias sobre se houve realmente uma mudança em seu pensamento original. Nesse texto, ele enunciou a hoje mundialmente conhecida “fórmula de Radbruch”, que tenta resolver os conflitos entre a segurança jurídica (decorrente da aplicação do direito posto) e a justiça (que estaria num plano supralegal, de índole jusnaturalista). A fórmula consiste no seguinte enunciado: o conflito entre a justiça e a segurança (*rectius*, certeza) jurídica pode ser adequadamente resolvido pelos seguintes critérios: 1) o Direito Positivo, baseado na legislação e no poder estatal, tem aplicação preferencial, mesmo quando seu conteúdo for injusto e não for benéfico às pessoas; 2) a justiça prevalecerá sobre a lei se esta se revelar *insuportavelmente* (*rectius*, *extremamente*) injusta, a tal ponto que se mostre uma norma injusta, continente de um *direito injusto*. (Rodríguez Junior, 2012, n. p.)

María Isabel Azaretto de Vázquez, responsável pela tradução da obra originalmente intitulada “Gesetzliches Unrecht Und Übergesetzliches Recht” (1946), de autoria de Gustav Radbruch, encarregou-se do prólogo da versão traduzida como “Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal”. Nesse prólogo, ela faz ainda referência à análise de Hart sobre a experiência pessoal de Radbruch, ligada ao seu objetivo de demonstrar a insuficiência do modelo de juiz como “boca da lei” frente ao primado da justiça, e consignou:

A experiência nacional-socialista produz uma tal impressão nele, que o obriga a repensar seu anterior positivismo, e esta reflexão o leva a rechaçá-lo, já que vê na separação do direito e da moral a base em que se apoiou o nazismo para levar a cabo, sob a aparência de legalidade, as maiores injustiças. A formação positivista dos juízes e advogados os inabilitou para defender-se contra a legalidade injusta. Isto leva Radbruch a sustentar que uma lei que contrarie os princípios básicos da moralidade não é direito, ainda que seja “formalmente válida” (Vázquez, 1962, p. 15 – tradução nossa).

Na análise de Cristian Kiefer da Silva (2021), a prática positivista-jurídica, que leve a injustiça “carece de qualquer natureza jurídica, isto é, as leis de conteúdo muito injusto, mesmo que vigentes pelos critérios do ordenamento jurídico a que pertencem, perdem sua natureza jurídica, ou seja, deixam de ser direito”.

Partimos para a conclusão do questionamento inicial, afirmando que sim, o juiz poderia deixar de cumprir norma infraconstitucional ao considerá-la injusta. No entanto, essa possibilidade deve ser restrita a casos excepcionalíssimos de injustiça extremada, em que a norma, apesar de proveniente de uma fonte formal legislativa e ancorada no princípio democrático da representatividade popular, cause violação a direitos pressupostos, inerentes à dignidade da pessoa humana. Importa ressaltar que nem mesmo o legislador pode agir à margem dos postulados da secularização. Nesse sentido, a inércia do juiz em intervir para realinhar ou corrigir a injustiça nesses casos resultaria em consequências ainda mais gravosas e substancialmente injustas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a análise das complexidades jurídicas relacionadas à aplicação das leis em situações de injustiça extrema, é possível afirmar que o juiz, em circunstâncias excepcionais, pode se recusar a aplicar uma lei infraconstitucional que contrarie os princípios fundamentais de dignidade humana. Esta possibilidade, apesar de se afastar do positivismo estrito, encontra respaldo em teorias como a do direito natural e da justiça substancial, as quais defendem que o direito não deve se limitar a uma visão formalista, mas considerar os princípios morais e éticos inerentes à natureza humana.

A reflexão proposta pela "fórmula de Radbruch" enfatiza a tensão entre a segurança jurídica e a justiça, sugerindo que, quando a aplicação de uma norma se revela insuportavelmente injusta, o juiz tem o dever moral de priorizar a justiça. Portanto, a atuação judicial, em situações de extrema injustiça socialmente reconhecível e censurável para além da mera posição pessoal do julgador, não deve se restringir a uma mera aplicação mecânica da lei.

Cabe ao juiz interpretar as normas à luz dos princípios constitucionais e sociais, rejeitando a aplicação de leis que violem direitos fundamentais. Essa postura se justifica historicamente, como no caso das atrocidades cometidas sob o regime nazista, quando a aplicação estrita de um sistema positivista desprovido de valores morais levou à consolidação de um Estado de exceção, resultando em graves violações de direitos humanos.

Conclui-se, então, que a moralidade e os princípios fundamentais de justiça devem prevalecer nas situações em que se apresentem injustiças extremadas, assim, aquelas facilmente reconhecidas e reprovadas socialmente, permitindo ao juiz resistir à aplicação de normas que, embora formalmente válidas, são substancialmente contrárias aos princípios axiológicos consubstanciadores da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 2 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 2 out. 2024.

Kant, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Lisboa: Edições 70, 2007.

MINER, Samuel. **The Reconstruction of Justice in Post-Nazi Western Germany**. 2021. Disponível em: <https://www.nationalww2museum.org/war/articles/justice-in-post-nazi-western-germany>. Acesso em: 3 out. 2024.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **A fórmula de Radbruch e o risco do subjetivismo**. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/direito-comparado-formula-radbruch-risco-subjetivismo>. Acesso em: 3 out. 2024.

SILVA, Cristian Kiefer da. Uma investigação a partir do pensamento de Gustav Radbruch: a proposta de superação da “injustiça extrema” através da necessidade de (re)construção conceitual do direito. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, v. 7, n. 1, p. 257-276, jan./jul. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/7924>. Acesso em: 2 out. 2024.

VÁZQUEZ, María Isabel Azaretto de. Prólogo. In: RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Tradução: María Isabel Azaretto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.