



Direito em Revista

NÚMERO 37/2024



Direito em Revista

NÚMERO 37 / 2024

CESUL - CENTRO DE ENSINO SUPERIOR CESUL

Rua Antônio de Paiva Cantelmo, 1222 – Centro
CEP. 85.601-270. Francisco Beltrão – Paraná – Brasil
(46) 3524-4242 / cesul@cesul.br / npic@cesul.br / www.cesul.br

Diretor Geral
Névio Urió

Diretora
Prof(a). Me. Daniela Urió Mujahed

Coordenador do curso de Direito
Prof. Luiz Carlos Dagostini Junior

Editor-Chefe:
Prof. Dr. Gustavo Ellwanger Calovi (CESUL)

Editores Executivos
Amanda Kriger (CESUL)
Profª. Drª Alexia A. Rodrigues Brotto Cessetti (CESUL)
Prof. Me. Bruno Fernandes de Oliveira (CESUL)
Profª Ma. Camila Cararo Tonkelski (CESUL)
Prof. Me. Douglas Balduino Pereira (CESUL)
Prof. Dr. Kenny Sontag (CESUL)
Prof. Me. Lucas Bernardon (CESUL)
Prof. Dr. Luiz Fernando Coelho (CESUL)
Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska (CESUL)

Ficha Catalográfica

C421 CESUL- Centro de Ensino Superior
Direito em revista: revista jurídica do centro de ensino superior cesul nº 37. Prof. Dr. Gustavo Ellwanger Calovi. (Coord.), Francisco Beltrão, 2024.

Inclui Bibliografia:
ISSN: 1676-0700

I. Direito em Revista II. Luso-Brasileira
III. Adolescente em Conflito IV. Desinformação

CDD: 340

Ficha Catalográfica elaborada pela bibliotecária Elisandra Artus Berté - CRB-9/1675

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira
Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Profª. Drª. Andrea Pitasi
Università degli Studi G. d'Annunzio, Chieti–Pescara, Itália

Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Prof. Dr. Evandro Barbosa
Universidade Federal de Pelotas, Brasil.

Profª. Drª. Gina Gouveia Pires de Castro
Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Prof. Dr. Gustavo Castagna Machado
Universidade Federal de Pelotas, Brasil

Prof. Dr. Jorge Núñez
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Profª. Drª. Laís Bergstein
Centro Universitário Curitiba, Brasil

Prof. Dr. Leomar Rippel
Universidade Federal de Rondônia, Brasil

Profª. Drª. Lucia Souza D'Aquino
Universidade Federal Fluminense, Brasil

Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Prof. Dr. Nitish Monebhurrn
Centro Universitário de Brasília, Brasil

Prof. Dr. Ricardo Sontag
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Profª. Drª. Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Profª. Drª. Thaís Cristina Alves da Costa
Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Brasil

Prof. Dr. Wagner Silveira Feloniuk
Universidade Federal do Rio Grande, Brasil

Apresentação

O Centro de Ensino Superior CESUL se destaca no panorama educacional brasileiro ao oferecer uma sólida formação acadêmica e profissional, com especial atenção ao Bacharelado em Direito, curso mais longo da instituição. Para garantir a excelência em sua missão, o CESUL investe no desenvolvimento contínuo de seus docentes, incentivando tanto o aprimoramento didático quanto a produção de conhecimento, fortalecendo, assim, a cultura jurídica no Paraná e no Brasil.

A Direito em Revista desempenha um papel fundamental nesse contexto, selecionando criteriosamente artigos que buscam não apenas expandir as fronteiras da Ciência do Direito, mas também oferecer respostas reflexivas e inovadoras aos desafios jurídicos, políticos e sociais da atualidade. A publicação reúne produções de professores e alunos de programas de pós-graduação, estabelecendo-se como um espaço de diálogo acadêmico que promove a evolução do pensamento jurídico e contribui para o debate público qualificado.

Na 37ª edição, referente ao segundo semestre de 2024, a Direito em Revista reafirma seu compromisso com a excelência acadêmica ao publicar reflexões de relevância científica e social, fortalecendo o vínculo entre a pesquisa jurídica e as necessidades da sociedade brasileira.

Gustavo Ellwanger Calovi

LEITURAS DO CASO 'MAUERSCHÜTZEN' ('GUARDAS DO MURO' DE BERLIM) NA ARGENTINA E NO BRASIL

READINGS OF THE 'MAUERSCHÜTZEN'
CASE (BERLIN WALL GUARDS) IN
ARGENTINA AND BRAZIL

Estéfano Elias Risso¹
Alfredo de Jesus Dal Molin Flores²

Resumo: O presente trabalho apresenta uma leitura sobre a recepção e a circulação dos textos e das ideias de Robert Alexy no debate jus-filosófico brasileiro e argentino, em especial aqueles referidos ao caso dos “guardas/sentinelas do Muro” (“Mauerschützen”) de Berlim e o julgamento do Tribunal Supremo Federal alemão (“Bundesgerichtshof”), ocorrido em 3 de novembro de 1992. Sendo esse caso paradigmático para uma discussão jusfilosófica sobre os limites da argumentação jurídica no final do século XX, percebe-se que o “tópico” da fórmula de Radbruch (presente nas discussões sobre o julgamento Nuremberg) voltou à cena a partir desses julgamentos – ou seja, a questão do que fazer

¹ Doutorando em Filosofia Medieval pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

² Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Titular de Metodologia Jurídica na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor em Direito e Filosofia pela Universitat de València (Espanha).

quando o direito positivo conduz a uma injustiça extrema. Tal questão sempre fora cara, entretanto, entre os defensores do direito natural, os quais – seguindo a fórmula de São Tomás de Aquino – sempre afirmaram que “leis injustas são mais violência do que lei”. Através de um levantamento da produção acadêmica brasileira na última década sobre o tema, distinguir-se-á a recepção brasileira da ocorrida na Argentina, demonstrando-se o modo como o pensamento de Alexy sobre esse caso foi recebido no Brasil e a importância das traduções para a circulação desse debate na América-latina.

Palavras-chave: Robert Alexy; caso “Mauerschützen”; fórmula de Radbruch.

Abstract: This work presents a reading on the reception and circulation of Robert Alexy’s texts and ideas in Brazilian and Argentinian legal-philosophical debate, especially those referring to the case of the “Berlin Wall guards/sentinels” (“Mauerschützen”) and the judgment of the German Federal Supreme Court (“Bundesgerichtshof”) that occurred on November 3, 1992. As this case is paradigmatic for a legal-philosophical discussion about the limits of legal argumentation at the end of the 20th century, it can be noticed that the “topic” of Radbruch’s formula (discussed after the Nuremberg’s judgment) returned to the scene from these judgments – that is, the question of what to do when extreme injustice is present in positive law. This question had always been important, however, among natural law defenders, who – following St. Thomas Aquinas’s formula – always affirmed that “unjust laws are violence rather than law.” Through a survey of Brazilian academic production in the last decade on the subject, this work will distinguish the Brazilian reception from that which occurred in Argentina, demonstrating how Alexy’s thinking about this case was received in Brazil and the importance of translations for the circulation of this debate in Latin-America.

Keywords: Robert Alexy; „Mauerschützen” case; Radbruch’s formula.

INTRODUÇÃO

Uma das questões jus-filosóficas mais inquietantes, e propriamente pertencente ao discurso metajurídico, é a pergunta sobre *aquilo que efetivamente não é ou não pertence ao direito*. Afinal, pode-se aceitar um “imenso contraste entre os valores do ordenamento jurídico positivo e o sentimento de justiça preponderante na sociedade”?³

De fato, os positivismos em seus mais diversos matizes acabam por ocasionar esse contraste, quando tomam como dogma filosófico a separação absoluta da moral e do direito, esquecendo-se que o ser humano é por natureza um ser moral. Isso o fazem porque acabam fossilizando o arcabouço legal e o tornando impermeável à dialética da vida e aos problemas que os novos tempos apresentam – como poderiam ser as questões relativas à Inteligência Artificial (I.A.) e a sustentabilidade administrativa nos dias atuais.

Mas mais do que isso: a separação entre direito e moral, combinando a certa dose de relativismo, pode ocasionar um problema ainda maior que a falta de sensibilidade aos problemas das gerações presente e futura – a infiltração da imoralidade e do injusto, que perfazem realidades as quais o direito havia sido criado para combater e evitar, dentro do próprio sistema.

Aproximando-se quase 80 anos dos julgamentos do tribunal de Nuremberg, que enfrentaram de frente os males do nazismo, manifestação da *banalidade do mal*⁴, de certo *mal existencial*⁵, apresenta-

3 FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 13.

4 ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

5 ROSENFELD, Denis. *Jerusalém, Atenas e Auschwitz*: Pensar a existência do mal. Rio de Janeiro: Topbooks, 2021.

mos este texto como uma reflexão a respeito das repercussões diretas e indiretas desses julgamentos de exceção ocorridos em 1946 em caso posterior, este ocorrido no final do regime comunista na Alemanha Oriental e que ficou reconhecido como o caso dos “guardas/sentinelas do Muro” (“Mauerschützen”) de Berlim.

É necessário esclarecer que a mencionada relação será apresentada tendo-se em conta a diferença de perspectivas de leitura do caso na América Latina. Assim, ver-se-á que tanto abarcou debates que se enquadraram mais na linha do jusnaturalismo – sobre a existência de uma lei injusta, de uma maneira geral – como se apresentaram outros desde uma perspectiva mais hermenêutica, em que se realizou a conexão propriamente dita entre o caso dos guardas do Muro e o julgamento de Nüremberg, como sucedeu pela divulgação especial no Brasil e na Argentina através da leitura e exposição que o jusfilósofo alemão Robert Alexy produziu sobre a questão.

Ou seja, a proposta desse trabalho é apresentar a questão geral incluindo ademais uma análise a partir de uma visão histórica e sociológica da circulação de textos e ideias. Faremos isso apresentando o modo por meio do qual tal problemática filosófica veio a ser discutida, a partir de diferentes perspectivas, sendo que se constata que chegam a uma solução comum, muito embora não necessariamente tenham recebido mútua referência ou tenham compartilhado os mesmos pressupostos.

A repercussão da perspectiva jusnaturalista, por exemplo, foi muito mais forte na Argentina que no Brasil. Isso pode haver ocorrido possivelmente pela aderência direta a tal perspectiva da parte de autores argentinos, em virtude de seus circuitos de debate na Filosofia do Direito. Quanto ao cenário brasileiro, isso se deu de maneira mais difusa,

em trabalhos de índole mais de dogmática jurídica ou ainda em teses doutorais ou trabalhos monográficos.

Quanto ao processo de análise objetiva dos julgamentos realizados nos tribunais alemães, percebe-se que isso só chegou na América Latina a partir da recepção de um autor como Alexy, em razão de suas estratégias discursivas. E uma vez que a circulação da obra de autor de um país que é considerado como central no debate jusfilosófico do século XX, como a Alemanha, em outros países se dá de diferentes formas, percebe-se isso na recepção dos seus textos específicos sobre a temática aqui retratada. Ou seja, há diferente recepção aqui nesse tema, quando relacionamos àqueles que são os seus textos mais conhecidos, que tratam da argumentação jurídica e dos direitos fundamentais. Com isso, esses esquemas argumentativos nem sempre foram compreendidos e assimilados em outros países, como o Brasil, no exato momento em que se reproduziam ou se discutiam os textos de Alexy sobre os “guardas/sentinelas do Muro” dentro de seu próprio contexto alemão.

Nessa discussão jusfilosófica no final do século XX, percebe-se que o “tópico” da fórmula de Radbruch voltou à cena nesses julgamentos⁶ – ou seja, trazendo a questão do que se fazer quando a extrema injustiça se faz presente no direito positivo. No fundo, a questão que se coloca é se o direito pode acomodar em seu bojo a própria injustiça, maior ou menor que ela seja.⁷

6 FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 91.

7 Juarez Freitas, por exemplo, opõe-se fortemente a possibilidade de o direito aceitar um “mal menor”: “(...) por mais que queiram impregnar a moralidade de uma equivocidade semântica ou por mais que desejem justificar a injustiça menor para evitar a maior. Não há, em essência, injustiça que se justifique, nem há injustiça maior ou menor, pois a “intensidade” da mesma é sempre e em todos os casos subjetiva e variável” – FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 13.

Através de um levantamento de fontes bibliográficas dos anos 1990 até 2020, buscar-se-á apresentar a forma de recepção dos textos e do debate no Brasil, seus limites, lacunas e apropriações, distinguindo do ocorrido em outros países, como a Argentina, e demonstrando a peculiaridade da produção de conhecimento filosófico-jurídico no Brasil e a forma dos usos do pensamento de Alexy no país nas últimas décadas, em particular sobre o mencionado caso dos “Mauerschützen”.

1. O CASO “MAUERSCHÜTZEN”

Antes de tudo, é preciso apresentar sumariamente alguns detalhes a mais do caso dos “guardas/sentinelas do Muro” de Berlim, que ocasionaram tal reflexão filosófica e existencial.

Com a construção do Muro de Berlim, a Alemanha ficou fisicamente dividida em duas partes: a República Democrática Alemã (RDA) e a República Federal Alemã (RFA). O objetivo dessa construção, em 1961, era impedir as constantes fugas que ocorriam da parte dos habitantes da RDA para a RFA, ocasionada pela tentativa de escapar do regime autoritário soviético.

Após a queda do Muro em 1989, realizaram-se investigações quanto ao número de mortos na fronteira interna, chegando-se ao esbarreador número de 125 mortes que foram confirmadas no ano de 2005. De fato, os guardas que vigiavam o Muro do lado da RDA recebiam ordens diretas de atirar indiscriminadamente contra os fugitivos, porque eram considerados como “traidores da pátria”.

Um desses casos, que ganhou notoriedade com o nome de “Mauerschützen”, aconteceu em 1º de dezembro de 1984, quando o

jovem Michael-Horst Schmidt, de vinte anos, ao tentar pular o Muro de Berlim com o uso de uma escada durante a madrugada, foi avistado por dois soldados de mesma idade, que estavam em uma torre de guarda a 130 metros do local.

Após atravessar o primeiro muro e se dirigir ao segundo (o Muro de Berlim era composto, na verdade de dois muros, cerca de 29 metros de distância um do outro), ao ignorar os avisos para que parasse por parte dos guardas, foi alvejado pelos soldados, que dispararam 25 tiros um e 27 o outro.⁸

Atingido nas costas e nos joelhos, conseguiu atravessar para o outro lado do muro, onde permaneceu ferido por mais de duas horas, sem receber auxílio médico, já que ao estar do outro lado a RDA se eximia de qualquer responsabilidade sobre ele. Quando os oficiais da RFA descobriram a sua presença, encaminharam-no ao hospital; contudo, não resistindo aos ferimentos e à hemorragia, o jovem acabou vindo a falecer.

Em 5 de fevereiro de 1992, dentro do contexto da reunificação da Alemanha, esses dois soldados implicados foram julgados pelo Tribunal Territorial de Berlim, quando por fim foram condenados por homicídio em coautoria, sob a justificativa (de certo modo legalista) de que a Lei de Fronteiras da RDA, que autorizava o uso de armas de fogo para impedir o cometimento de crimes, não autorizaria, sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade, o seu uso no caso específico de fuga, já que a pena para esse crime seria apenas a privação de liberdade.

8 ALEXY, Robert. Mauerschützen: Acerca de la relación entre Derecho, Moral y punibilidad. In: VIGO, R. *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 167-173.

Inconformados com a sentença, os dois soldados recorreram ao Tribunal Supremo Alemão (“Bundesgerichtshof”), que proferiu sua sentença em 3 de novembro de 1993, considerando improcedente o recurso.

A *ratio decidendi* da decisão, entretanto, considerou que o tribunal berlinense, ao considerar como válidas e aplicáveis as leis da RDA ao caso, aplicando posteriormente a elas o princípio da proporcionalidade para realizar a condenação, terminou escapando às considerações efetivamente relevantes que deveriam ter sido feitas sobre o caso, como a questão da injustiça patente em uma lei que criminalizava a “fuga”, equiparando-a a uma traição à pátria.

Em verdade, o texto legislativo da Lei de Fronteiras não exigia uma postura em defesa da absoluta preservação da vida, mas apenas a sua preservação quando isso fosse considerado “possível”, pois a interpretação vigente da Constituição da RDA, em seu ambiente autoritário, era a de que, apesar de a Constituição prever a inviolabilidade da personalidade e da liberdade dos cidadãos, haveria exceções para isso, dentre elas aquelas “previstas em lei” e aquelas concernentes às “razões de Estado”, não havendo a previsão de uma “liberdade de saída”.⁹

Não havendo em suas considerações, portanto, a possibilidade de julgar os soldados da RDA segundo a lei vigente na época, ou através da aplicação de princípios certamente não utilizados na RDA do período, os juízes perguntaram-se então sobre a possibilidade de julgá-los através de um direito suprapositivo (“überpositives Recht”), aplicando a “fórmula” exposta por Radbruch em um pequeno artigo publicado em 1946, que ex-

primia que “a injustiça extrema não é direito”, utilizada na época dos julgamentos de Nuremberg em reação a injustiça presente no regime nazista.¹⁰

A conclusão do Tribunal Supremo Alemão foi de que a fórmula seria passível de ser aplicada, já que a injustiça não se encontraria somente em regimes como o nazista, mas também em outros regimes.¹¹

Seguindo essa linha, o Tribunal acabou por considerar improcedente o recurso, já que o princípio de justiça levaria ao reconhecimento racional de que poderiam existir certos direitos fundamentais e que havia uma concreta injustiça do caso. Tal percepção se relaciona com a visão de que os soldados se sentiram justificados pela lei da época a atirar no fugitivo, ocasionando sua morte.

2. COMO COMPREENDER UMA REGRA SUPRAPOSITIVA

Em tempos de positivismos e de pós-positivismo, talvez seja difícil a compreensão de uma noção de direito que ultrapasse os limites estritamente legais. Mesmo o apelo à mediação de certos princípios, muitas vezes, acaba reduzido a sua anterior previsão no próprio corpo normativo, como no exemplo do tribunal de 1ª instância de Berlim.

Entretanto, como afirma Juarez Freitas:

Com efeito, os próprios positivistas são forçados, a cada passo, a reconhecer que somente o apelo a valores últimos, que transcendam todas as leis positivas impostas ou justificadas por quem quer seja, salva, em derradeira instância, a liberda-

9 ALEXY, Robert. Mauerschützen: Acerca de la relación entre Derecho, Moral y punibilidad. In: VIGO, R. *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 173-174.

10 RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Süd-deutsche Juristen-Zeitung*, v. 1, n. 5, p. 105-108, 1946.

11 ALEXY, Robert. Mauerschützen: Acerca de la relación entre Derecho, Moral y punibilidad. In: VIGO, R. *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 183-185.

de de consciência e a austeridade, bem como a integridade de nossa vida moral. (...) Assim, é preciso que o julgamento do “jurídico”, com todos os riscos que tal ideia implica, não mais se divorcie do problema ético da justiça, fazendo-se com que o Poder Judiciário, assumido como Poder, deixe de ser mero aplicador do direito positivo para ser o garantidor dos princípios da justiça, alojados e pressupostos no interior da arquitetura jurídica, sem os quais o Direito pode ser tudo, mas não terá sentido. (...) E nisto repousa a missão, por excelência, do juiz: sem decidir *contra legem*, deve decidir sempre a favor da justiça, pois o Direito, privado de moralidade e de justiça, só por abstração teria validade, vigência e eficácia.¹²

A noção de certos princípios válidos universalmente e que dirigem o próprio ordenamento jurídico, dando a ele eficácia lógico-ética interna, como se percebe, é muito atrativa. Mesmo os mais ferrenhos positivistas, se alçados à posição de serem juízes, acabam tendo que ceder, em algum ponto, a ela. Afinal, um direito que aceitasse a possibilidade de possuir normas válidas em seu sistema que tenham um conteúdo material *injusto* seria uma ofensa direta a qualquer concepção e finalidade que se imagine possuir o direito.

Não por acaso, o resgate dos princípios, ocorrido desde Perelman nos indica que as fórmulas positivistas da primeira metade do século XX não poderiam servir de guia para o ensino, formação e atuação do jurista do período pós-guerra.

Aqui retoma certa força a concepção jusnaturalista (em especial tomista), para a qual o direito por natureza provém de uma relação

simbiótica, analógica, com a justiça, entendida aqui como a virtude moral na qual se dá a cada um aquilo que lhe é devido:

O nome “direito” foi empregado originariamente para significar a própria coisa justa. Mais tarde, ele passou de forma derivada a denominar a arte com que se discerne o que é o justo; depois, o lugar onde se outorga o direito, como quando dizem “irei comparecer a juízo”. Por fim, é também chamado de direito a sentença dada por aquele que possui o ministério de administrar a justiça, ainda que sua decisão seja iníqua. São Tomás descobre quatro aplicações analógicas do nome “direito”: a obra justa, a arte de conhecer o justo, o tribunal e a sentença do magistrado. Porém, essa numeração não é exaustiva, já que várias vezes aplicar o termo “direito” à norma que determina e prescreve o que é justo. (...) A vinculação analógica permite chamar de “direito” tanto a um certo modo de conduta humana quanto a própria regra dessa conduta.¹³

Enquanto o direito for entendido, portanto, como um análogo direto da justiça, as próprias leis, enquanto conduzem a sociedade ao bem comum almejado politicamente, mesmo em sociedades plurais, podem ser chamadas de direito. Como, então, uma lei que não conduz ao bem comum – mas antes tenta obrigar os súditos a agirem de um modo injusto – poderá ser direito?

13 “Así también este nombre “derecho” se empleó originariamente para significar la misma cosa justa. Pero más tarde se derivó a denominar el arte con que se discierne qué es lo justo; después, a designar el lugar donde se otorga el derecho, como cuando se dice que alguien “comparece a derecho”; finalmente, es llamada también derecho la sentencia dada por aquél a cuyo ministerio pertenece administrar justicia, aún cuando lo que resuelva sea inicuo. Santo Tomás descubre cuatro aplicaciones analógicas del nombre “derecho”: la obra justa, el arte de conocer lo justo, el tribunal y la sentencia del magistrado. Pero esta enumeración no es, en Santo Tomás, exhaustiva, ya que varias veces aplica el término “derecho” a la norma que determina y prescribe lo que es justo. (...) La vinculación analógica que permite denominar “derecho” tanto a un cierto modo de conducta humana como a la regla de esa conducta”. [MASSINI, Carlos I. *Derecho y ley según Georges Kalinowski*. Mendoza: Idearium, 1987. p. 41-42]. Tradução nossa.

12 FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 15.

O direito, entendido como objeto da justiça, não seria uma coisa, ou um objeto compreendido sem referência a um agente concreto e a seu comportamento em sociedade. Pelo contrário: é “uma ação pela qual o homem que a realiza entra em relação determinada com outro homem, e é essa ação que a iguala ou não a determinada medida, sendo por isso justa ou injusta”.¹⁴

O mesmo já afirmava Santo Tomás, ao expor que as ações que são próprias do ser humano com respeito a outro ser humano possuem necessidade de retificação especial por uma virtude própria, que é a justiça, já que as outras virtudes fazem referência a relação do homem consigo mesmo e suas paixões.¹⁵

As relações em sociedade, entretanto, não ocorrem reguladas apenas a partir de uma lei interna, ainda que se reconheçam certas regras morais básicas, como o “dar a cada um o que lhe for devido” ou “não fazer ao outro aquilo que não deseja que lhe seja feito”, expressas também nos países de cultura judaico-cristã na forma do decálogo, ou ainda na Regra de ouro, chave de leitura no debate de filosofia ética ocidental¹⁶.

Tais relações necessitam de uma regra externa, capaz de solucionar os problemas e conflitos, regra que aos poucos na história suscitou em todas as civilizações a elaboração de um direito positivo, assim

14 MASSINI, Carlos I. *Derecho y ley según Georges Kalinowski*. Mendoza: Idearium, 1987. p. 43-44. Tradução nossa.

15 S.T., II-IIae, q. 58, a. 2.

16 Explica Luis Fernando Barzotto que “[e]m primeiro lugar, a regra de ouro é secularizada, isto é, atribui-se a ela um fundamento racional. A regra de ouro é considerada como estando implícita e fornecendo uma explicação para o mandamento divino ‘Ama teu próximo como a ti mesmo’. Ora, esse mandamento, além de verdade de fé, é considerado como um preceito ‘primeiro e universal da lei natural, evidente à razão’. A regra de ouro para o crente tem a autoridade do Evangelho, mas sua validade não depende da fé cristã, constituindo uma regra que a razão impõe a todo ser humano” (BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 59).

como de certo sistema judiciário, que fosse capaz de resolver os problemas entre os indivíduos e *administrar a justiça*.

É isso que se permite dizer que:

Todas as normas jurídicas têm conteúdo moral podendo porém apresentar-se como imorais. O que não há é uma norma jurídica amoral; vale dizer, ou são morais, ou são imorais, mas sempre estarão inundadas de moralidade, como de ideologia sócio-política-cultural, não necessariamente dominante. (...) O próprio raciocínio jurídico deve ser visto como um raciocínio de valores, não um valor em si. Aliás, o maior erro do positivismo foi, justamente, o de erguer o método à hierarquia de fim. Entretanto, no seio do Direito Positivo está o germe de sua superação, isto é, a justiça concreta em todas as suas dimensões.¹⁷

Como o direito é visto aqui como uma relação *de justiça* entre as pessoas, a conclusão é lógica: a injustiça pode assumir diversas formas, mas não será *direito*. A lei injusta, é, mesmo que se tente negar, um claro fruto da tirania.¹⁸

Por isso, a justiça não pode ser entendida como uma simples metáfora a qual as leis aludem, um ideal vazio e simplesmente formal que o direito teoricamente sempre realizaria, mas sim com uma justiça real que deve ser concretizada, seja no direito positivo ou no judiciário.¹⁹

O positivismo jurídico, dentro de determinada tradição crítica a ele, teria preparado o terreno a partir da clássica separação entre direito

17 FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes, 1989, p. 25-27.

18 S.T., I-IIae, q. 96, a. 4.

19 A Segunda Escolástica, já no século XVI, apontava essa problemática da necessidade de uma justiça real e não simplesmente metafórica no direito. Veja-se: CRUZ CRUZ, Juan. *Fragilidad humana y Ley natural: cuestiones disputadas en el Siglo de Oro*. Pamplona: EUNSA, 2009.

e moral para a efetividade de leis injustas, reconhecidas como válidas mesmo pelo judiciário, presos por seu entendimento à obediência estrita do direito positivo em toda e qualquer circunstância.²⁰

Partindo dessa tradição interpretativa, uma regra suprapositiva de direito não é nada mais do que um primeiro princípio da razão prática, que dirige razoavelmente a ação humana, uma medida última capaz de fundamentar a validade de qualquer norma que é pertencente a um sistema jurídico.²¹ Nesse sentido, buscar-se-á mostrar parte do trajeto da recepção e circulação dessa tradição.

3. CIRCULAÇÃO DO CASO “MAUERSCHÜTZEN” NA ARGENTINA

Uma das características de trabalhar a recepção e circulação de ideias, textos e autores é delimitar os espaços, pois, quando estamos em circuitos acadêmicos, facilita conhecer o meio de divulgação e produção do conhecimento jurídico nas redes em que se trabalha.

Esses circuitos determinam e são determinados por convicções comuns entre a elite intelectual jurídica de um país ou região, onde certas figuras se confirmam como autoridades centrais na construção de narrativas jurídicas, que às vezes são empregadas tanto em âmbitos acadêmicos quanto corporativos entre os juristas.

A circulação dessas narrativas se dá, primeiramente, a partir de conexões internas, como as que ocorreram entre os julgamentos na-

cionais na Alemanha tanto pelo Tribunal Supremo Federal (“Bundesgerichtshof”) quanto pelo Tribunal Constitucional Federal (“Bundesverfassungsgericht”), quando comparados com julgamentos do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

Como as decisões tratavam de casos supostamente relacionados a uma “injustiça extrema” permitida e autorizada pelo sistema jurídico, seja no caso dos guardas do Muro de Berlim, seja no caso dos nazistas, a construção da ligação entre eles se realizou de maneira quase que espontânea. Acontecimentos como a queda do Muro de Berlim e do regime soviético apenas aceleraram essa comparação entre fatos ocorridos nos dois regimes.

É aqui que enquadramos a figura de Robert Alexy – um autor que é amplamente reconhecido em eventos e recebedor de títulos de Doutor “honoris causa” no Brasil e na Argentina, com grande circulação e com uma forte presença de seus textos em traduções, com recepções locais de sua construção narrativa sobre a argumentação jurídica, desde o ponto de vista constitucional até o jusfilosófico.

O caso do julgamento dos “Mauerschützen”, por exemplo, só ganhou relevância na discussão jusfilosófica devido à circulação na América Latina do seu artigo sobre o caso. Um julgamento que, a princípio, talvez só viesse a interessar aos juristas alemães, terminou recebendo repercussão na América, pois percebeu-se que nele estavam contidos elementos muito inquietantes – do ponto de vista jurídico e moral –, em especial a questão do *status* da lei injusta perante o direito.

Dentro da América Latina, é possível afirmar que foi na Argentina e no Brasil que se deu uma maior recepção. Algumas diferenças, entretanto, devem ser destacadas, sendo que a principal se encontra na

20 PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar. El caso de los tiradores del muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del derecho del siglo XX. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Madrid, n. 23, p. 453-487, 2011.

21 KALINOWSKI, Georges. Obligaciones, permisiones y normas. Reflexiones sobre el fundamento metafísico del derecho. *Idearium*, n. 8/9, Mendoza, Universidad de Mendoza, p. 77-91, 1982-83.

publicação da tradução dos trabalhos do autor e até mesmo dos textos de decisões judiciais sobre o tema que foram prolatadas tanto no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha como no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.²²

O resgate da fórmula de Radbruch que Alexy propõe passa necessariamente por seus estudos sobre os guardas, conforme nos lembra Rodolfo Vigo, jusfilósofo argentino que justamente publica (em uma coletânea) em 2004 as traduções dos textos para a língua espanhola no livro *“La injusticia extrema no es derecho”*.

No “Prólogo” da obra, Vigo aponta para a problemática da questão sobre as leis injustas, e o que o seu livro iria buscar fazer:

Retomando muitas das questões que na mesma geografia nacional foram julgadas nos Tribunais de Nuremberg, aparecem argumentos e contra-argumentos que reavivam – explícita ou implicitamente – a velha polêmica entre positivismo e não-positivismo. Nessa disputa podem ser identificados dois autores que com suas teorias confrontam criticamente e de forma paradigmática as vicissitudes históricas vividas pelo povo alemão, mas que, acima desse contexto, se projetam com valor universal. Gustav Radbruch, da Universidade de Heidelberg, como testemunha e vítima da barbárie nazista, dissipa dúvidas sobre suas convicções acerca de limites intransponíveis para o direito positivo; e Robert Alexy, da Universidade de Kiel, atreve-se a impugnar o juspositivismo sustentando conexões conceituais e necessárias entre direito e moral, e adverte as autoridades sobre o ‘risco’ jurídico futuro

22 Tribunal Constitucional Federal, Alemanha. *Guardianes del Muro – “Mauerschützen”*: [BVerfGE 95, 96]. Traducción de Eduardo R. Sodero. In: VIGO, R. *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 73-99; Tribunal Europeu de Direito Humanos. *Caso K.-H. W. v. Alemania*: [Presentación n. 37201/97]. Traducción de Maximiliano Marzetti. Revisión de Eduardo R. Sodero. In: VIGO, R. *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 135-166.

ao aplicarem normas ‘extremamente injustas’. (...) refletir em torno da decisão ‘Mauerschützen’ do Tribunal Constitucional Federal alemão, onde se confirmou a condenação penal de chefes político-militares que tinham dado ordens para matar os cidadãos da Alemanha Oriental que quisessem atravessar a fronteira para a Alemanha Ocidental (com seu ponto mais destacado e tristemente célebre no Muro de Berlim), e dos soldados que tinham cumprido tais ordens.²³

Na mesma obra coletiva, três artigos traduzidos de Alexy foram apresentados após as decisões judiciais sobre o caso dos “Mauerschützen”, servindo assim como critério de interpretação dessas decisões nesse contexto de recepção na América.

São estes os textos: (a) “Mauerschützen: Sobre a relação entre Direito, Moral e punibilidade”; (b) “A decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre os homicídios cometidos pelos guardas do Muro de Berlim”; e (c) “Uma defesa da fórmula de Radbruch”.²⁴

Além dos textos do próprio compilador e de outros que colaboraram e trataram do tema, certamente se poderia buscar dentro do mercado editorial de língua espanhola e em teses de doutorado mais material sobre o impacto desses textos traduzidos, quando não até mesmo dos originais das decisões ou dos textos de Alexy dentro da Argentina.

23 VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. IX-X.

24 ALEXY, Robert. La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. In: VIGO, R. *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 197-225; ALEXY, Robert. Mauerschützen: Acerca de la relación entre Derecho, Moral y punibilidad. In: VIGO, R. *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 167-195; ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. In: VIGO, R. *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 227-251.

Transpondo-se assim a barreira linguística, pode-se dizer que o citado caso teria sido pela primeira vez apresentado em sua íntegra aos falantes de língua espanhola. Deve-se recordar que há um impacto da obra no debate jusfilosófico na língua, em que o tema da recepção de Alexy nas últimas duas décadas também passaria pela existência desta relevante publicação. É possível afirmar que, pelo menos a partir da matriz jusnaturalista de discussão sobre direito, moral e princípios, isso é patente, já que – tratando-se de autor não-positivista – ditos textos demonstram parte do pensamento de Alexy que não estava presente em suas obras mais difundidas. Recordemos que o usual no debate da área seria o enquadramento deste autor como pós-positivista – e há inúmeros textos que avalizam a percepção generalizada. Contudo, a valência deste tipo de problemática, bem cara a quem se enfileira no jusnaturalismo no século XX, faz com que essas posturas não-positivistas, em um primeiro momento de Radbruch, e em outro de Alexy, sirvam para uma reflexão quanto aos limites do discurso positivista.

Deste modo, partindo do que foi apresentado anteriormente, pode-se afirmar um aspecto especial da recepção argentina de Alexy: o debate jusfilosófico na Argentina se aprofundou até o ponto em que a discussão sobre o pensamento de um autor que é muito relevante no circuito internacional do final do século XX chegou a circular e repercutir entre os jusnaturalistas.

Rodolfo Vigo seria o melhor exemplo para isso, uma vez que se trata de um autor que, sendo jusnaturalista, mesmo assim faz contato e busca um diálogo com Alexy. Com efeito, não se restringe aos limites de produção e controle de discurso dos adeptos do Pós-positivismo alexyano – basta recordar que Vigo não é propriamente um discípulo

desse autor alemão. Por outro lado, também não se apresenta desde um jusnaturalismo fechado, que fosse blindado aos debates contemporâneos e aos instrumentos de mediação e diálogo intelectual. Desta forma, o “topos” de debate alexyano foi apresentado e mobilizado por um autor jusnaturalista argentino, Rodolfo Vigo, com intuito de debater as ideias do autor alemão, do tema em si mesmo e das estratégias jusnaturalistas de apresentação discursiva.

4. CIRCULAÇÃO DO CASO “MAUERSCHÜTZEN” NO BRASIL

Por outro lado, a entrada de Alexy no Brasil ocorreu a partir de uma proposta que é mais dogmática que jusfilosófica. O pós-positivismo que domina o debate nacional nas últimas décadas se desenvolveu em autores de Direito Tributário (como Humberto Ávila) e Direito Constitucional (e.g. Lenio Streck, Luis Afonso Heck), que tentaram igualmente levar o debate para a filosofia do direito.

No entanto, parece que o resultado não pode ser comparado com aquele que se dá desde a estratégia adotada na Argentina. Devemos ter em conta nesse ponto as diferentes formas de organização da área da filosofia do direito em ambos os países. Na Argentina, a AAFD (“Asociación Argentina de Filosofía del Derecho”) possui uma relação singular com as Universidades e as corporações jurídicas, já em uma tradição arraigada. No caso brasileiro, até por causa das dimensões continentais, a ABRAFI tem uma forma diferente de estabelecimento e de definição de pautas de debate filosófico-jurídico.

Isso se percebe já no nosso tema: assim, no Brasil, a produção das teses doutorais e artigos sobre Alexy e o caso “Mauerschützen” indicam que a filosofia do direito no país segue seu próprio caminho, possuindo um modo muito próprio de produção e circulação de conhecimento.

Em relação à repercussão direta do caso no Brasil, não identificamos traduções para o português dos três textos de Alexy que foram mencionados antes. Apesar disso, é possível asseverar que houve um uso desses textos de Alexy em diversos trabalhos, mas sempre a partir do original em alemão ou a partir de suas traduções para o espanhol (de fato, fazendo referência à compilação de Vigo em “La injusticia extrema no es derecho”). Ou seja, a publicação argentina causou impacto no Brasil. Por isso é que um caso só é primeiramente referido no ano de 2006, dois anos após a publicação da tradução argentina de Vigo.

Vejamos os usos: o primeiro trabalho é uma dissertação de mestrado de 2006, de Roberta Magalhães Gubert, sob a orientação do reconhecido constitucionalista gaúcho Lenio Streck, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). A dissertação teve por título “Mauerschützen (o caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral”.²⁵

O segundo trabalho é um artigo, publicado no volume 105, de 2010, da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, justamente por um autor que é argentino, Andrés Falcone (e que atualmente é professor adjunto na UBA), com o título de “Algunas con-

25 GUBERT, Roberta Magalhães. *Mauerschützen (o caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006. 173f.

sideraciones acerca de la ley aplicable en la superación del pasado de la república democrática alemana”, que se restringiu a analisar o impacto dos diferentes argumentos (como o de Alexy) na jurisdição do caso e na escolha da lei aplicável de acordo com alguns princípios do direito penal, como a seleção da lei mais benigna.²⁶

Por sua vez, há um terceiro artigo de 2011, de Fabio Henrique Araujo Martins, que emprega a análise do caso Mauerschützen analogicamente para estudar uma decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil sobre a anistia concedida durante o período da ditadura militar brasileira. Seu título é “Uma análise da ADPF 153 desde a fórmula de Radbruch e da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos”.²⁷

Há também um quarto trabalho, uma dissertação, de Edna Torres Felício Câmara, da Universidade Federal do Paraná, defendida em 2013 com o título “Robert Alexy e o argumento de injustiça: teoria, aplicação e debate”, que busca analisar se Alexy, em sua análise do caso Mauerschützen, foi fiel ao seu conceito de direito e se as críticas que foram levantadas no debate com Eugenio Bulygin seriam satisfatoriamente respondidas.²⁸

O quinto trabalho é um *paper*, “A injustiça extrema e o conceito de Direito” apresentado por Júlio Aguiar de Oliveira, professor da Universidade Federal de Ouro Preto, no “Special Workshop Alexy’s Theory of Law” que ocorreu no vigésimo sexto Congresso Mundial da IVR (a Associação Inter-

26 FALCONE, Andrés. Algunas consideraciones acerca de la ley aplicable en la superación del pasado de la república democrática alemana. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 105, p. 155-176, 2010.

27 MARTINS, Fabio Henrique Araujo. Uma análise da ADPF 153 desde a fórmula de Radbruch e da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, João Pessoa, n. 9, p. 43-53, 2011.

28 CÂMARA, Edna Torre Felício. Robert Alexy e o argumento de injustiça: teoria, aplicação e debate. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. 179f.

nacional de Filosofia e Sociologia do Direito), em Belo Horizonte, Brasil, em 2013, publicado depois como capítulo de livro em 2014.²⁹

O sexto é um artigo de 2016, de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, da Universidade Federal de Minas Gerais e da Universidade Católica de Minas Gerais, com o título “O que significa ‘a injustiça extrema não é direito’? Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy”, em que se analisa a posição de Alexy no debate sobre o não-positivismo inclusivo e exclusivo.³⁰

Há ainda uma tese doutoral, defendida em 2016 na Católica de Minas Gerais, e publicada como livro em 2017, com o título “Injustiça extrema: uma investigação a partir do pensamento de Gustav Radbruch”, de Cristian Kiefer da Silva, que, por sua vez, teve como orientador o já referido Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno.³¹

Por fim, há um livro de setembro de 2020, com o título “As decisões contrárias às leis na teoria de Robert Alexy”, de Mhardoqueu Geraldo Lima França, que dedica um capítulo à análise de casos estudados por Alexy (inclusive o Mauerschützen), sendo uma atualização de sua dissertação de 2015, também realizada sob a orientação de Alexandre Trivisonno.³²

Desse material publicado no Brasil preliminarmente analisado (sendo um deles em espanhol), com exceção dos artigos de Júlio

29 OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. A Injustiça Extrema e o Conceito de Direito. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. (Org.). *Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. 1ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 139-171.

30 TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O que significa ‘a injustiça extrema não é direito’? Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy. *Espaço Jurídico*, v. 16, p. 97-122, 2016.

31 SILVA, Cristian Kiefer da. *Injustiça extrema: uma investigação a partir do pensamento de Gustav Radbruch*. 1. ed. Rio de Janeiro/RJ: Editora Lumen Juris, 2017.

32 FRANÇA, Mhardoqueu Geraldo Lima. *As decisões contrárias às leis na teoria de Robert Alexy*. 1. ed. Belo Horizonte: Diáletica, 2020.

Oliveira e Alexandre Trivisonno, que fizeram referência aos textos de Alexy em inglês e alemão respectivamente, seis deles utilizaram as traduções para o espanhol publicadas por Vigo. Logo, desde 2006, com a já mencionada dissertação da Unisinos, percebe-se, portanto, que a publicação da versão em espanhol foi fundamental para a entrada do tema no Brasil.

CONCLUSÃO

A forma de recepção do caso ocorrida no mundo de fala hispânica é certamente distinta da ocorrida no Brasil, especialmente quando percebermos detalhes como a importância da tradução para circulação do material de Alexy, que originou as referências jusfilosóficas ao debate sobre os guardas/sentinelas do Muro de Berlim no país desde os anos 2000.

Uma temática impactante na Alemanha dos anos 1990 (recordemos que o artigo de Alexy foi publicado em 1994, logo após o primeiro julgamento do Tribunal) teve muito pouca – para não dizer nula – repercussão no Brasil do mesmo período, adentrando aqui, e mesmo na Argentina, cerca de 10 anos ou mais após o debate “original”.

Além do desenvolvimento dado à questão por Alexy, é de notar-se que as resoluções dos tribunais alemães, como exemplos práticos de análise filosófica aplicadas pelos tribunais, foi também de interesse especial para a filosofia do direito, justificando a sua tradução na referida coletânea.

Especialmente desde o tribunal de exceção de Nuremberg, ficou claro que os tribunais teriam que enfrentar casos que efetivamente ultra-

passavam os limites do direito, atos criminosos (que contrariam qualquer regra moralmente aceitável) cometidos sob a aparente proteção da lei.

Tais diferenças apontam para algo muito claro: a circulação internacional de um debate muitas vezes se dá de maneira até autônoma à original, às vezes impulsionada por motivos distintos. Mesmo em países vizinhos, o debate pode se desmembrar de maneiras diferentes.

Na Argentina, o debate parece ter interessado primariamente devido ao seu impacto em um tema central para a filosofia do direito, a questão de se a lei injusta pode ou não ser considerada direito, tema essa que perpassa o debate desde o medievo, com o jusnaturalismo de São Tomás de Aquino, até o século XX, com a formulação de Radbruch.

No Brasil, o debate parece ter surgido a partir da preocupação de certos pesquisadores, em suas dissertações e teses, com a crescente influência do pensamento de Robert Alexy no pensamento jusfilosófico e dogmático brasileiro. Esse primeiro olhar sobre a sua figura levou ao descobrimento – e em especial a partir da tradução ao espanhol de seus textos – do debate sobre a justiça e a injustiça no caso “Mauerschützen”.

Apesar dessas diferenças, o caso “Mauerschützen”, entretanto, manteve o caráter atrativo, por uma mesma razão: não importando o tempo ou a localidade, a questão sobre se uma lei injusta é ainda direito, e a busca por um fundamento objetivo para as normas jurídicas, continuam sendo uma questão central do debate jusfilosófico.

Afinal, os juízes desejam saber *como devem decidir* caso se deparem com uma situação semelhante a essa. E o juiz “só aplica a lei injusta se quiser”.³³ É nesse sentido que fórmulas como a de

Radbruch voltaram a ganhar popularidade dentro da filosofia do direito, já que trazia em si uma forte crítica a formulação tradicional do positivismo jurídico, e apontava que um sistema jurídico construído sob tais princípios inevitavelmente se confrontaria com alguns paradoxos quanto aos seus limites.

A difusão do caso e do debate nos dois países, portanto, cumpriu com uma função similar, apesar dos contextos diferentes: dar condições teóricas suficientes para os juristas enfrentarem melhor situações de clara exceção a devida finalidade do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. In: VIGO, R. **La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)**. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 197-225.

ALEXY, Robert. Mauerschützen: Acerca de la relación entre Derecho, Moral y punibilidad. In: VIGO, R. **La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)**. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 167-195.

ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. In: VIGO, R. **La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)**. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 227-251.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito**: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

33 FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 89.

CÂMARA, Edna Torre Felício. **Robert Alexy e o argumento de injustiça**: teoria, aplicação e debate. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. 179f.

CRUZ CRUZ, Juan. **Fragilidad humana y Ley natural**: cuestiones disputadas en el Siglo de Oro. Pamplona: EUNSA, 2009.

FRANÇA, Mhardoqueu Geraldo Lima. **As decisões contrárias às leis na teoria de Robert Alexy**. 1ª ed. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. Petrópolis: Vozes, 1989.

GUBERT, Roberta Magalhães. **Mauerschützen (o caso dos atiradores do Muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy**: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2006. 173f.

KALINOWSKI, Georges. Obligaciones, permisiones y normas. Reflexiones sobre el fundamento metafísico del derecho. *Idearium*, n. 8/9, Mendoza, Universidad de Mendoza, p. 77-91, 1982-83.

MARTINS, Fabio Henrique Araujo. Uma análise da ADPF 153 desde a fórmula de Radbruch e da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, João Pessoa, n. 9, p. 43-53, 2011.

MASSINI, Carlos I. **Derecho y ley según Georges Kalinowski**. Mendoza: Idearium, 1987.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. A injustiça extrema e o conceito de Direito. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (org.). **Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. 1ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 139-171.

PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar. El caso de los tiradores del muro del Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del dere-

cho del siglo XX. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Madrid, n. 23, p. 453-487, 2011.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, v. 1, n. 5, p. 105-108, 1946.

ROSENFELD, Denis. **Jerusalém, Atenas e Auschwitz**: Pensar a existência do Mal. Rio de Janeiro: Topbooks, 2021.

SILVA, Cristian Kiefer da. **Injustiça extrema**: uma investigação a partir do pensamento de Gustav Radbruch. 1ª ed. Rio de Janeiro/RJ: Editora Lumen Juris, 2017.

Tribunal Constitucional Federal, Alemanha. *Guardianes del Muro – “Mauerschützen”*: [BVerfGE 95, 96]. Traducción de Eduardo R. Soderó. In: VIGO, R. **La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)**. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 73-99.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Caso K.-H. W. v. Alemania*: [Presentación n. 37201/97]. Traducción de Maximiliano Marzetti. Revisión de Eduardo R. Soderó. In: VIGO, R. **La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)**. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 135-166.

Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Caso Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania*: [Presentaciones n. 34044/96, 35532/97 y 44801/98]. Traducción de Eduardo R. Soderó. In: VIGO, R. **La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)**. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 101-133.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O que significa ‘a injustiça extrema não é direito’? Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy. *Espaço Jurídico*, v. 16, 2016, p. 97-122.

VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)**. Buenos Aires: La Ley, 2004.

