



Direito Comparado: A fórmula de Radbruch e o risco do subjetivismo

Otávio Luiz Rodrigues - 20/06/2012 [Spacca]

Gustav Lambert Radbruch (1878-1949) é um daqueles juristas que possuem *biografia* e *bibliografia* elogiáveis pela qualidade e pela coerência. Nascido na histórica cidade de Lübeck, livre e hanseática, onde aprendeu a cultivar valores republicanos, combatente na Primeira Guerra Mundial e um dos primeiros juristas a ingressar no Partido Social Democrata, Radbruch perdeu sua cátedra com a tomada do poder pelos nazistas e viveu os últimos dias sob a perseguição do regime, sem renunciar a seus ideais, até a libertação da Alemanha pelas forças aliadas em 1945. Pouco antes de falecer, ele trabalhava incansavelmente pela reconstrução da vida universitária alemã e deixou uma intrigante contribuição teórica, a notória *fórmula de Radbruch*.

O professor de Heidelberg era, como muitos juristas de formação socialdemocrata, ao exemplo de Hans Kelsen, um positivista. De modo extremamente simplificado, pode-se dizer que a vertente positivista kelseniana (sim, pois não há um *único* positivismo) baseia-se na (a) separação entre Direito e Moral; (b) na autorreferência do Direito; (c) na compreensão do Direito como sistema normativo, no qual as instâncias de valor (de entre elas, a Justiça) são *externas*; (d) no reconhecimento de que o fator de correção do Direito é *intrassistemático*, seguindo a ordem escalonada de normas até a norma hipotética fundamental.

Não é este o local apropriado para se refutar alguns exageros na crítica lançada contra Kelsen, como se ele não reconhecesse as instâncias valorativas ou os elementos metajurídicos, como dito por ele mesmo: “De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, a ética e a teoria política. Essa confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar, ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”.[\[1\]](#)[\[2\]](#)

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.[\[3\]](#) 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*.



Essa fórmula foi utilizada para afastar o princípio *nulla poena sine lege* em relação aos criminosos de guerra nazistas nos julgamentos do Tribunal de Nuremberg, que alegavam não ser possível sua condenação ante a inexistência de norma anterior definidora de alguns dos delitos por eles praticados. E, posteriormente, com a unificação alemã, o Tribunal Constitucional manteve a condenação de guardas de fronteira que fuzilaram impiedosamente pessoas que tentavam fugir para a antiga Alemanha Ocidental.

[4]

O Direito Natural, por meio da instância de valor “justiça”, era o *fator de correção* radbruchiano para o Direito Positivo. Modernamente, Robert Alexy buscou reconduzir a fórmula de Rabruch à teoria dos direitos fundamentais. Para Alexy, é possível que o sistema de normas jurídicas não disponha de mecanismos coativos e, nem por isso, deixe de ser um sistema *de Direito*. Imperfeição não significa impossibilidade de a coisa existir como tal. Quanto à separação entre Direito e Moral, Robert Alexy introduz a fórmula de Rabruch, cuja síntese poderia ser “injustiça extrema é não é Direito”. O Direito tem uma *pretensão de correção* e, em larga medida, o próprio sistema a esse fim, com o recurso aos direitos fundamentais e aos princípios.

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153, que considerou ter sido a Lei 6.683/1979 (Lei da Anistia) inteiramente recepcionada pela ordem jurídico-constitucional pós-1988, tem sido submetida à fórmula de Radbruch e, para alguns autores, o julgamento a teria desconsiderado.[5]

Mais do que debater sobre situações específicas, é importante o estabelecimento de uma postura metodológica uniforme. Tanto na Alemanha quanto no Brasil, as decisões das respectivas cortes constitucionais foram criticadas por parcelas significativas da dogmática e de movimentos político-sociais. E isso porque os dois tribunais chegaram a resultados diametralmente opostos.

A dificuldade mais séria está em assumir como central o problema do *fator de correção* do Direito e de posicioná-lo *dentro* ou *fora do sistema jurídico*, tendo de se definir com algum grau de precisão qual(is) seria(m) esse(s) critério(s), sem correr o risco de se cair na armadilha do subjetivismo do aplicador da norma ou, o mais grave, da formulação aparentemente científica, mas que só serve para esconder o que já se decidiu de maneira descontrolada. Isso faz lembrar Ângelo, em *Medida por medida*, de William Shakespeare, para quem a dureza da lei poderia ser atenuada, desde que a noviça com ele se deitasse para salvar o irmão da pena de morte no Ducado de Viena.

[1] Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 1-2.

[2] Convém registrar que Kelsen, ao menos na primeira edição da Teoria Pura do Direito, de 1934, usou a expressão “*Jurisprudenz*”, traduzida por “jurisprudência”, o que parece ser incorreto, pois não significa, como em português, o conjunto reiterado de decisões judiciais, mas o equivalente a Jurisprudência (com maiúsculas), com o sentido aproximado (e não totalmente simétrico) de ciência jurídica. Na versão original, ele alude à confusão da Jurisprudência com a Psicologia, a Biologia, a Ética e a Teologia, diferentemente do texto em português. Cf. Kelsen, Hans. **Reine Rechtslehre**. Herausgegeben von Matthias Jestaedt. Studienausgabe der 1. Auflage 1934. Tübingen: Mohr Siebeck,



2008. p. 1.

[3] O texto saiu na revista *Süddeutsche Juristenzeitung* (v. 1, p. 105-108, 1946). O título original em alemão é “*Gesetzlicher Unrecht und übergesetzliches Recht*”. Em espanhol, é mais corrente a tradução para “*Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*”. Em inglês, prefere-se “*Statutory Non-Law and Suprastatutory Law*”.

[4] Veja-se a respeito o artigo de Virgílio Afonso da Silva intitulado “Transição e direito: culpa, punição, memória”, publicado em **A memória e as ciências humanas** (São Paulo: Humanitas, 2011, p. 87-106), organizado por Helmut Galle e Rainer Schmidt.

[5] MARTINS, Fabio Henrique Araujo. Uma análise da ADP 153 desde a fórmula de Radbruch e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 9, p. 43-53, fevereiro, 2011.

Date Created

11/07/2012