

A “FÓRMULA RADBRUCH” E SUA IMPORTÂNCIA NA VIRADA HUMANISTA DO DIREITO PENAL

THE "RADBRUCH FORMULA" AND ITS IMPORTANCE IN THE HUMANIST TURN OF CRIMINAL LAW

LA "FÓRMULA RADBRUCH" Y SU IMPORTANCIA EN EL GIRO HUMANISTA DEL DERECHO PENAL

Álvaro Fernando da Rocha Mota¹, Newton de Oliveira Lima², Ricardo de Holanda Melo Montenegro³

DOI: 10.54899/dcs.v22i84.3854

Recibido: 21/11/2025 | Aceptado: 24/11/2025 | Publicación en línea: 25/11/2025.

RESUMO

O texto traça a evolução da teoria do Estado e do Direito Penal centrado no valor da vida humana, partindo da superação do sistema penal medieval pela razão e apresentando uma virada epistemológica, influenciada por Descartes, a qual marca a passagem do Direito Natural para uma concepção onde a razão humana estabelece as normas. Com base na análise de diversos pensadores fundamentais da filosofia política e do direito, entre eles Immanuel Kant, Thomas Hobbes, Baruch Spinoza, John Locke, Isaac Newton e David Hume, busca-se compreender os fundamentos teóricos que moldaram a noção moderna de Estado e o direito. O artigo também argumenta que a fundamentação do direito penal evoluiu de uma base metafísica e religiosa para uma visão fundamentada na razão. Em um segundo momento, o trabalho aborda a crise de valores do Estado liberal e a ascensão do nazifascismo, destacando a crise paradigmática do positivismo jurídico em relação à manutenção de leis injustas. Por conseguinte, este artigo se volta para a fórmula de Radbruch, destacando-a como uma resposta crucial e moderna que defende o resgate dos valores e da justiça no Direito, defendendo que leis que negam a justiça perdem sua validade em cenários de emergências político-jurídicas.

Palavras-chave: Fórmula Radbruch. Direito Penal. Teoria dos Valores. Justiça. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The text traces the evolution of the theory of the State and Criminal Law centered on the value of human life, starting from the overcoming of the medieval penal system by reason and

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Teresina, Piauí, Brasil.

E-mail: alvaromota@uol.com.br

² Doutor em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), João Pessoa. Paraíba, Brasil.

E-mail: newtondelima@gmail.com

³ Especialista em Direito Público pela Universidade de Caixas do Sul (UCS) e em Direito Digital e Proteção de Dados pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), João Pessoa. Paraíba, Brasil.

E-mail: ricardoholanda@gmail.com

presenting an epistemological shift, influenced by Descartes, which marks the transition from Natural Law to a conception where human reason establishes the norms. Based on the analysis of several fundamental thinkers in political philosophy and law—including Immanuel Kant, Thomas Hobbes, Baruch Spinoza, John Locke, Isaac Newton, and David Hume—it seeks to understand the theoretical foundations that shaped the modern notion of the state and law. The article also argues that the foundation of criminal law evolved from a metaphysical and religious basis to a vision based on reason. In a second moment, the work addresses the crisis of values of the liberal state and the rise of Nazism and Fascism, highlighting the paradigmatic crisis of legal positivism in maintaining unjust laws. Consequently, this article turns to Radbruch's formula, highlighting it as a crucial and modern response that defends the rescue of values and justice in law, arguing that laws that deny justice lose their validity in scenarios of political and legal emergencies.

Keywords: Formula Radbruch. Criminal Law. Theory of Values. Justice. Human Rights.

RESUMEN

El texto traza la evolución de la teoría del Estado y del Derecho Penal centrado en el valor de la vida humana, partiendo de la superación del sistema penal medieval por la razón y presentando un giro epistemológico, influenciado por Descartes, que marca el paso del Derecho Natural a una concepción donde la razón humana establece las normas. Basándose en el análisis de diversos pensadores fundamentales de la filosofía política y del derecho —entre ellos Immanuel Kant, Thomas Hobbes, Baruch Spinoza, John Locke, Isaac Newton y David Hume— se busca comprender los fundamentos teóricos que moldearon la noción moderna de Estado y el derecho. El artículo también argumenta que la fundamentación del derecho penal evolucionó de una base metafísica y religiosa a una visión fundamentada en la razón. En un segundo momento, el trabajo aborda la crisis de valores del Estado liberal y el ascenso del nazifascismo, destacando la crisis paradigmática del positivismo jurídico en mantener leyes injustas. Por consiguiente, este artículo se vuelve hacia la fórmula de Radbruch, destacándola como una respuesta crucial y moderna que defiende el rescate de los valores y de la justicia en el Derecho, defendiendo que las leyes que niegan la justicia pierden su validez en escenarios de emergencias político-jurídicas.

Palabras clave: Fórmula de Radbruch. Derecho Penal. Teoría de los Valores. Justicia. Derechos Humanos.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución- NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

INTRODUÇÃO

A presente discussão se debruça sobre a intrincada jornada teórica que moldou a concepção moderna do Estado e, por conseguinte, a fundamentação da teoria do estado e do direito penal. O ponto de partida é a superação do sistema penal medieval, caracterizado por sua

fusão de moral bárbara, dogmas cristãos e métodos de punição arcaicos. Esse estudo explora a transição para uma era de racionalidade e instrumentalidade, na qual a filosofia, a ciência e o pensamento político se unem para redefinir o papel do ser humano e das leis na construção de uma arquitetura de emergência jurídico-política e pós-humanista.

Para os autores, essa virada epistemológica, influenciada sobretudo pelo racionalismo de René Descartes, marca a passagem de uma visão de direito natural fundamentada em princípios divinos para uma concepção na qual a razão humana, e sua capacidade de autoconsciência e cálculo, se torna a fonte principal de validade das normas.

A evolução do pensamento político e jurídico para o Estado e o Direito Penal é traçada neste artigo através de pensadores centrais, com análise inicial a partir de Thomas Hobbes, que, ao conceber o pacto social como a base do Estado, estabelece o monopólio da força como uma necessidade racional para superar o “estado de natureza” e garantir a paz, legitimando, assim, a autoridade do soberano. Em seguida, a perspectiva se expande com John Locke, que, em sua crítica ao absolutismo, fundamenta o Estado em direitos naturais inalienáveis, como vida e propriedade, e defende a soberania do parlamento.

Isaac Newton, com a universalidade de suas leis naturais e David Hume, com seu ceticismo e relativismo ético, também contribuem para a desvinculação do direito de fundamentos transcendentais, sugerindo-o como uma mera convenção social. O ápice desta tradição racionalista é alcançado com o filósofo de Königsberg, Immanuel Kant, que, ao buscar uma base universal para a moral e o direito, estabelece o princípio da liberdade individual e a legalidade da pena como requisitos essenciais para um Estado de Direito.

A ascensão do positivismo jurídico, com sua premissa de que a validade de uma lei reside em sua forma e não em seu conteúdo moral, foi fundamentalmente questionada diante das atrocidades do nazifascismo. A promulgação de leis que, embora formalmente válidas, negavam os direitos humanos e a justiça mais elementar, expôs a vulnerabilidade de um sistema jurídico desvinculado de qualquer ética, humanidade e justiça. A legalidade de tais regimes (nazifascistas) se chocou frontalmente com a noção de justiça, gerando uma crise de legitimidade paradigmática, sem precedentes na história contemporânea.

Nesse cenário de colapso moral e jurídico, surge a figura de Gustav Radbruch, que emerge como um ponto de inflexão e resgate, pensador abordado pelo presente trabalho em função da relevância de sua fórmula Radbruch ser uma resposta direta à crise do positivismo.

Radbruch argumenta que, embora a segurança jurídica (a validade formal das leis) seja

um valor fundamental, ela não pode prevalecer sobre a justiça em casos de extrema injustiça. Onde a lei positiva se torna insuportavelmente injusta, ela deve ser considerada nula e sem validade.

O objetivo desse trabalho não é tão somente lembrar as teorias do Estado e do Direito Penal modernos, mas, principalmente, explorar a complexa relação entre razão, formalidade e valores que enlaçam o direito contemporâneo e a perene tensão entre a letra da lei e o imperativo da justiça, com a promoção fundamental dos direitos humanos até como fator de legitimação da ordem social e econômica, pois indivíduos mais estáveis moralmente são melhores cidadãos e menos violadores de regras, o que usufrui para a sociedade mais benefícios e menos desgaste na punição, mas tudo isso é uma retroalimentação e interação entre direito e sociedade (Schumpeter, 1964).

2 A TEORIA DO ESTADO CONTEMPORÂNEA E A FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO PENAL

Como decorrência da teoria jusfilosófica, a teoria do Estado e a teoria penal são derivadas do trabalho construtivo da razão instrumental e funcional contemporânea, a superação da sistemática penal medieval que combinava moral bárbara, moral cristã e meios jurídicos tradicionais de punição, com a tessitura do causalismo científico naturalista a partir do cálculo matemático na física por Descartes, que faz a virada epistemológica da metafísica do Direito Natural e da razão natural tomista católica (que calcava o *jus puniendi* na relação entre pecado como violação da lei divina e a inadequada conduta moral e jurídica do sujeito) para a concepção de que é o ser humano e seu *cogito, ergo sum* (autoconsciência racional) que põe as normas do saber e, conseqüentemente, do Direito, por sua própria vontade racional.

O racionalismo das ideias inatas cartesianas na formação do sujeito moderno leva à formação do método científico: hipótese (desenvolvida a partir da ideia), evidência (da verdade prévia coerente na mente), regras de pesquisa (adequação dos fatos às hipóteses), universalidade da proposição teórica deduzida da confirmação da hipótese. O dualismo mente-corpo de Descartes é o marcador da mente que controla racionalmente os impulsos e a natureza, assim é a que se faz a finalidade do Direito penal, punir os atos de vontade que atentem contra a ordem jurídica.

Com Thomas Hobbes ocorre a formação do pacto político (sociedade civil) pelo pacto

racional com a adesão por interesses individuais dos cidadãos, que se submetem ao pacto e sua autoridade garantidora (monopólio do uso da força). Como Hobbes associava-se ao atomismo físico, no plano natural haveria, assim como no plano físico dos átomos, uma luta de todos os seres vivos visando sobreviver, o ser humano como animal vivo composto por átomos também estaria nesta pugna inata pela vida, e a seu favor só teria a Lei Moral dada por Deus (segundo a religião) para se proteger dos demais, por isso, usando a razão, os homens unem-se no pacto político assegurado por uma autoridade reconhecida com possibilidade do uso da força e monopólio da força segundo a lei para garantir a paz, fazendo com que os direitos naturais dos indivíduos (vida, propriedade e liberdade) fiquem a mercê do soberano. Hobbes inicia o convencionalismo prescritivo do Direito moderno, sua defesa da monarquia absolutista era a justificação da legitimidade jurídica a partir da superação do “estado de natureza” conflituoso (que é uma hipótese, a ser superada pelo estado civil de leis).

Hobbes (1588-1679) foi além de Maquiavel e seu realismo político, no mecanicismo do estatismo hobbesiano e sua construção normativa, a estratégia política de manutenção do poder pelo príncipe virtuoso que mantém o poder e conserva o estado). Hobbes também possui ascensão sobre Morus, o qual defendeu um socialismo institucional na “utopia”: defesa de uma distribuição justa dos bens, justiça pública perfeita, diminuição dos exércitos, ordenação social para o bem comum com a institucionalização de regras públicas e participativas de convivência. Hobbes inicia o debate pela tradição liberal: Estado policial, liberdade econômica, não-intervenção patrimonial, devido processo legal como garantia de direitos, estatuto jurídico garantido pelo soberano (*autorictas, non veritas, facit legem*).

Spinoza (1632-1677), por seu turno, associou na fórmula Deus = Substância = Natureza. mente e corpo como modos da substância, porém com atributos diferentes, pensamento (mente) e extensão (corpo). Spinoza inaugura um imanentismo e um iluminismo radicais (crítica à autoridade sacerdotal e aos dogmas teológicos, bem como às superstições populares). Defendeu uma democracia radical (vigilância do poder pelo povo (*multitudo*) e retomada do poder pelo povo com a dissolução do vínculo político (crítica ao contratualismo).

O direito natural como poder da multidão é absorvido sem volta pelo contrato social abstrato hobbesiano, por isso Spinoza se aparta de Hobbes quanto ao fundamento da legitimidade política, como sendo, para ele, a vontade do povo (democracia) e não a vontade do monarca expressa na pactuação política hobbesiana.

Locke (1632-1704), por sua vez, perfaz a crítica ao patriarcalismo político tradicionalista

de fundo bíblico (Robert Filmer). Seu liberalismo político parlamentarista associado ao individualismo político leva a uma defesa da liberdade política individual, com seus direitos naturais inalienáveis pelo Estado (vida, liberdade, propriedade, integridade física). Locke defendeu a soberania política do parlamento, não do rei, através da lei, só há legitimidade do rei com a adesão popular pela representatividade parlamentar constitucional. Empirismo epistemológico, defesa da mente como *tabula rasa*, e formação das ideias pela impressão que vem dos sentidos (sensualismo, que influenciará Condorcet na França).

Em Newton (1643-1727) a legalidade universal descritiva dos fenômenos naturais, produto mais acabado do empirismo científico, levará ao mecanicismo cosmológico: surge o deísmo como sistema cósmico-teológico e a possibilidade de uma visão de mundo laica, onde a divindade não calcaria a religiosidade mas seria uma ideia da razão, o Deus que daria corda no relógio mecânico das leis naturais, e a religião não seria uma forma de vida, mas uma forma subjetiva de devoção e sem a autoridade da filosofia e da ciência a lhe prestar apoio, a partir de Newton e, depois, em Kant, a filosofia seria em seu sentido social uma defesa da ciência e não uma intromissão de caráter prévio na vida do fiel como concessora de uma base moral com fundo religioso, Kant e o liberalismo erguerão a moral entre o dever e o interesse intrinsecamente humanos e sem o Deus patriarcal hebreu como seu fundamento.

A noção de lei natural em Newton irá influenciar definitivamente todo o mundo científico ulterior: Montesquieu a traz para o Direito e definirá lei como uma relação necessária da natureza das coisas, mas com o princípio de dever-ser do aspecto jurídico, uma legislação ordenadora da vida social, mas não completamente isolada daquela, o que será o germe do positivismo sociológico no século XIX, na acepção de que o Direito nasce do fato social e por ele é condicionado. E o *jus puniendi* seria uma retribuição da conduta delitiva através da norma, lastrada, portanto, numa norma cogente de punitividade.

David Hume (1711-1776), como defensor do relativismo ético radical, fez a negação de valores e de virtudes morais racionais universais e absolutas. História natural da religião e dos costumes. Convencionalismo liberal do Direito, empirismo crítico. Ceticismo epistemológico, pois não há um atingimento perfeito da verdade, nem da objetividade científica. Negação da legalidade científica newtoniana pela defesa do probabilismo indutivista radical, formação da ciência pela atividade psicológica do hábito e da convenção de regras de pensamento. Um Direito concebido radicalmente como uma convenção de base cultural moral, é o principal legado de Hume.

Nessa linha humeana de pensamento, o *jus puniendi* é relativo a punição pela violação de bens externos, o relativismo moral não pode condenar absolutamente o ser humano, nem deixar de pensar a legitimidade moral do Direito, embora, precisamente, conceberá a moral como histórica e relativa para não ser tragada pela pretensão metafísica do direito natural atemporal ou do legalismo penal positivista, que seria imune ao contexto cultural.

Já em Kant (1724-1804), o criticismo epistemológico leva a uma superação do empirismo e do racionalismo e, outrossim, faz uma crítica à metafísica da essência aristotélica e à metafísica escolástica, com a limitação das pretensões de validade da razão cosmológica e universalmente. A teoria dos juízos kantiana, com a defesa do juízo sintético *a priori* como base da validade de proposições universais na moral e na ciência, haveria uma forma universal do ser-aí (objeto dado) antes da experiência possível, e que a partir dessa forma haveria o possível resgate de propriedades do objeto e da delimitação de suas relações fenomênicas pelo entendimento.

Mais do que tudo, Kant ressalta a existência de uma validade científica para além do mero convencionalismo prescritivo revogável de Hume, a verdade é um sistema objetivo mas não eterno de proposições, mas não pode ser voluntarista, sentimental ou arbitrária em sua fundamentação, mas causal e dedutiva de princípios da razão que serve à investigação científica, seja nas ciências naturais (princípio causal necessário), como já demonstrou Newton, seja nas ciências humanas, que Kant defende que sejam calcada na liberdade como ideia pura prática da razão (princípio deontico necessário).

O Direito em Kant (2005) seria calcado num princípio hipotético (não necessário e finalístico-prático) da razão prática, o direito individual vai até onde outro direito individual tenha eficácia, de acordo com uma lei universal de liberdade.

Em Kant, o iluminismo crítico à sociedade estamental autoritária assume a defesa da autonomia individual questionadora: uso do próprio entendimento, com liberdade, para a obtenção da atividade filosófica e científica sem a tutela política ou religiosa. Republicanização universal dos Estados: cosmopolitismo político. Liberalismo republicano do Estado de Direito: soberania popular na defesa do pacto político através do parlamento constitucional, com liberdade política individual e republicanização do Estado como metas da política, a legalidade do ente estatal passa a ser a nota distintiva de sua ação juspolítica, indício do republicanismo e da igualdade e liberdade formais dos indivíduos exigidos por Kant (2005) como nota característica de um Direito racional.

Dessa forma, a partir de Kant inspira-se o positivismo nascente para formular o princípio

da previsão legal da pena (Anselm von Feuerbach), com a nulidade de punições não previstas em lei e com Francesco Carrara a conduta somente poderia ser punida com a subsunção do ato ao tipo penal legal.

3 A VIRADA HUMANISTA E O RESGATE DOS VALORES POR RADBRUCH

O problema de uma visão crítica aos pressupostos do Estado estamental é que houve uma crise de legitimidade dos valores desde então, a razão moderna não deu o mesmo arcabouço espiritual que o cristianismo político do estatismo absolutista e suas linhagens políticas sacramentadas pelo papa, nem a sociedade conseguiu se erguer como coletividade cooperante após o abalo da sociedade industrial ascendente, recaindo no competitivismo do mercado global, o que levaria até ao *debacle* da I guerra mundial pelo excesso de concentração do capital; a democracia esteve em risco com a ascensão do nazifascismo e do comunismo, e a legitimidade do Direito liberal em todo o mundo foi posta a prova, foi preciso que o Estado se tornasse social liberal com Keynes e com Schumpeter (1964) para dar uma resposta ao problema da desigualdade e da carência de empregos em todo o mundo.

Nesse ponto a legitimidade do Direito social torna-se necessária e o Direito Público se transforma de meramente garantidor da liberdade (não intervencionista) em intervencionista com o fito de proteção social, no campo penal a teoria clássica da pena e o seu aspecto liberal-positivista são repropostos – agora não se trata mais de uma visão apenas formalista e coercitiva do Direito, mas de entender os bens jurídicos que estão em jogo – a liberdade, a retribuição social devida pelo infrator, a necessidade de composição da ordem social aviltada com o crime, a definição de crimes contra a ordem pública, enfim.

Radbruch, segundo Lima (2022), representou o ponto de resgate dos valores no Direito e a cessação do grau de crise estrutural do positivismo na era contemporânea, pois se o ideal normativo assegurou para o Estado e para a aplicação das penas a segurança, a motivação da garantia penal em sua aplicação da lei perdeu gradualmente o sentido como a separação radical de juridicidade e moralidade:

Com o cartesianismo, através do princípio da razão subjetiva e auto-certificante (*cogito ergo sum*), o sujeito passa a ser o centro do processo gnosiológico no sentido de analisar a partir de si mesmo os dados formadores do conhecimento, sejam empíricos ou racionais. Perdeu-se a dependência para com a ideia e sua objetividade transcendental.

A objetividade de uma análise do fenômeno em sua estrutura em si, na ideia de justiça

natural como descoberta pela consciência da lei natural é invertida: a projeção das leis parte da finalidade estabelecida pela consciência de si que revela a projeção da lei, mesmo se não houvesse Deus para guiar a razão humana, como afirmou Gabriel Biel já em 1501 (Heller, 1998, p.36).

O princípio da subjetivação do Direito encerra, desse modo, uma dependência da filosofia do sujeito cartesiana e em Hobbes atinge a fundamentação em uma razão subjetiva calculante e capaz de experienciar.

Hobbes atacou a imagem católico-aristotética de um universo unitário, vital e ordenado onde o ser humano exercia uma posição fixa e situada de *filius Dei*, súdito e crente eclesiasticamente submetido para uma posição de *homo juridicus* com poder de decisão contratual, o que só foi crescendo através do poder de desobediência civil com base nos direitos naturais de liberdade, propriedade e crença da tradição proto-liberal de Locke, até alcançar a força revolucionária constitutiva da cidadania contestatória da Revolução americana.

Ao mesmo tempo Maquiavel liquidava a submissão do cidadão à *Ecclesia* católica com a autonomização da Política enquanto ação virtuosa do *princeps* em prol do bem comum, sem qualquer referência ao sistema ético católico.

A promessa jurídica de um direito à felicidade como prevista na carta constitucional norte-americana e o ideal da autonomia iluminista da razão esclarecida impeliram o sujeito ao patamar de otimismo individual onde se poderia perfazer o conjunto de condições felizes para os modernos, houve quem defendesse que o Direito teria como fim a felicidade individual, como Stock e Baumgarten (Larenz, 2008, p.145).

O fundamento do querer hedonista traçado por Hobbes que definiu o homem como ser que deseja e quer poder implica na possibilidade de um fim que é o obter prazer e evitar dor, esse eudamonismo e a maximização do uso da realidade a ser favor indicará o surgimento do utilitarismo de Jeremy Bentham e implicará numa teoria do valor como desiderabilidade. Valor passa a ser considerado sinônimo de desejo, que Nietzsche identificou com uma vontade de potência e Freud como um desejo motivacional de fundo sexual e tendente a ser traumatizado, porque inevitavelmente frustrado.

A imagem individualista do homem traçada por Hobbes substitui a imagem do homem virtuoso e seus valores morais. A entronização do indivíduo em si mesmo e a destituição de Deus como seu senhor representou o início não de seu poder, mas de sua submissão a instâncias não controláveis, como o Estado ou o mercado, elevados à condição de ‘divindades’ por Hegel e Adam Smith, respectivamente com as teorias da completude do Espírito Absoluto no Estado e a teoria da “mão divina” guiando as leis do mercado.

As críticas liberal e socialista vão emergir exatamente para atacar o ponto de uma inflação de poder por parte do Estado e do mercado. Elas propõem o valor supremo do indivíduo ou o da sociedade, mas ambas acatarão uma base empírico-racional de ação, sem a consideração fenomenológica de um fundamento ideal para os valores.

O problema dos valores como questão filosófica foi abordado diante da decadência das virtudes. Se não se teve mais como resgatar uma ética virtuosa na sociedade pós-estamental, agora se percebe a necessidade de uma formação humana baseada na ação, o termo pragmático *axios*, que indica ação finalística que visa um determinado bem, definirá o novo ramo da Filosofia, a Axiologia, que surge no séc. XIX.

A filosofia do Direito de Gustav Radbruch é um fórum de resistência contra o escalonamento do nazifascismo na história germânica, ele já alertava para a impropriedade do

positivismo abstrato na retenção das leis nazistas em ascensão, como mostram Lima et al. (2024):

No dia 27 de fevereiro de 1933, o prédio do Reichstag foi parcialmente incendiado e, no dia seguinte, menos de um mês após assumir como chanceler, Hitler conseguiu que o presidente Hindenburg promulgasse o Decreto para a proteção do povo e do Estado, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais, o que permitiu que o governo realizasse prisões sem mandados judiciais⁴. Além disso, o decreto também centralizou a polícia sob a autoridade do Ministro do Interior Wilhelm Frick. O decreto nunca foi confirmado pelo parlamento e nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou doze anos (Agamben, 2004, p.12-13).

As milhares de prisões e as perseguições políticas nas semanas seguintes ao incêndio do Reichstag prejudicaram severamente as campanhas dos comunistas e dos sociais-democratas para as eleições parlamentares de março de 1933, o que afetou o resultado das eleições e favoreceu o partido nazista. Nesse clima de perseguição, Hitler apresentou ao parlamento o projeto da Lei Habilitante, que lhe daria o poder legislativo por quatro anos. Para conseguir a aprovação do projeto, alterou-se as regras do procedimento para considerar cada ausência injustificada como um voto favorável.

Ademais, com base no decreto promulgado pelo presidente Hindenburg, foram presos 81 deputados do partido comunista e 26 deputados do partido social-democrata foram impedidos de participar da votação. Nesse cenário de coerção, as ausências foram consideradas injustificadas e em 23 de março de 1933 a Lei Habilitante é aprovada, tendo apenas 94 votos contrários dos deputados social-democratas presentes, o que permite a Hitler governar por decreto sem prestar contas ao Reichstag ou ao presidente⁵ (Evans, 2011).

Após a aprovação da Lei Habilitante, as semanas seguintes foram marcadas por leis destinadas a extirpar os inimigos políticos da vida pública alemã, tal como a Lei de Restauração do Serviço Público Alemão que, em 07 de abril de 1933, afastou sumariamente de seus cargos os servidores públicos de ascendência judaica e os opositores do regime nazista. Dois anos depois, em maio de 1935, uma nova lei veda expressamente a concessão de pedidos de cidadania a judeus e outros não arianos. Meses depois, em setembro de 1935, foram criadas mais leis de segregação racial, que proibiam a união matrimonial, coabitação, relações de emprego domésticas e relações sexuais entre judeus e alemães. Considerava-se judeu não apenas quem praticava a religião judaica, mas também quem estivesse enquadrado em critérios bastante arbitrários baseados na origem dos quatro avós de um indivíduo. A partir desses critérios se estabelecia se ele era alemão (os quatro avós alemães), judeu (quatro ou três avós judeus) e mestiço se descendia de um ou dois judeus⁶. Posteriormente, as medidas persecutórias foram se avolumando e estendidas em decretos complementares para outros grupos de indivíduos, tais como mestiços, negros, ciganos e deficientes físicos (Evans, 2011).

⁴ “Nas semanas seguintes, Hitler e Göring persuadiram um gabinete, já disposto a isso, a suprimir efetivamente o Partido Comunista. Quatro mil comunistas, incluindo praticamente toda a liderança do partido, foram presos na mesma hora, espancados, torturados e jogados em campos de concentração recém-criados. Não houve afrouxamento na campanha de violência e brutalidade nas semanas seguintes. No final de março, a polícia prussiana registrava 20 mil comunistas na prisão. No verão, mais de cem mil comunistas, social-democratas, sindicalistas e outros haviam sido detidos; até mesmo as estimativas oficiais fixavam em 600 o número de mortos sob custódia (Evans, 2011).”

⁵ “No ano seguinte, em 02 de agosto de 1934, morre o presidente Hindenburg e há a unificação dos cargos de presidente e chanceler.”

⁶ Os legisladores reconheceram a arbitrariedade dessas medidas incluindo uma cláusula final para Hitler conceder isenções sempre que e para quem lhe agradasse. Com o tempo, ele de fato fez isso, ou outros fizeram em seu nome, aplicando um carimbo com sua assinatura em um documento conhecido como Declaração de Sangue Alemão (Evans, 2011).

Essas leis contemplaram pontos do programa do partido nazista adotado desde 1920, o qual prevê que todos os cargos públicos devem ser preenchidos apenas pelos cidadãos, bem como que apenas um membro da raça ariana com sangue alemão pode ser um cidadão e que nenhum judeu pode ser um membro da raça (Evans, 2011).

O fim da República de Weimar e a perseguição contra os etiquetados como inimigos do regime mostram que a ditadura constitucional funciona, sobretudo, como “uma fase de transição que leva fatalmente a instauração de um regime totalitário”. (Agamben, 2004, p.29). Esse estado de exceção permanente permitiu que o regime nazista detivesse o poder necessário para negar o reconhecimento da cidadania dos judeus alemães para depois expulsá-los como apátridas e, por fim, reagrupá-los em todos os lugares em que passassem para levar a cabo a solução final nos campos de extermínio (Arendt, 1989). Verifica-se que “a ruptura totalitária opera, na prática, através do isolamento, que destrói a possibilidade de uma vida pública autêntica” (Lafer, 1988, p.28). Além disso, a ruptura totalitária é capaz de promover a desolação, que “impede a vida privada, exacerba o desenraizamento e dificulta o pensamento” (Lafer, 1988, p.28).

Diz Radbruch (1974), em oposição ao totalitarismo e ao uso injusto do Direito, que nenhuma ordem jurídica pode se sustentar quando abdica de seus fundamentos éticos mínimos. Para o autor, o Direito deixa de merecer obediência quando se transforma em instrumento de opressão e viola de forma manifesta os princípios elementares de justiça. Assim,

O Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça. Justiça, porém, significa: julgar sem consideração de pessoas; medir a todos pelo mesmo metro.

Quando se aprova o assassinio de adversários políticos e se ordena o de pessoas de outras raças ao mesmo tempo que acto idêntico é punido com as penas mais cruéis e afrontosas se praticado contra correligionários, isso é a negação do direito e da justiça.

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 caráter de jurídicas.

É relevante enfatizar a transformação da teoria de Radbruch de uma metafísica dos valores para uma teoria da argumentação sobre os valores, por intermédio de Alexy (Lima, 2024):

Alexy (1994, p.35) mostra que, calcado na análise dos pós-positivistas Norbert Hoerster e Herbert Hart, o critério de avaliação que Radbruch busca situar o direito positivo é passível de crítica: primeiro, que depende tal critério ético de uma avaliação subjetiva (posição de um observador), como coloca Hoerster, que estabelecesse as conexões lógicas entre as normas éticas e as jurídicas a cada caso concreto (Lima, 2024).

Assim, seria impossível a erigição de uma conexão lógica necessária e abstrata entre norma jurídica e norma ética, o que desconstrói a estrutura logicista da Escola de Marburgo e ataca o formalismo de Radbruch (Lima, 2024)..

Por isso Alexy (1994, p.40) considerou obscura a fórmula radbruchiana de se adequar o direito positivo à finalidade de servir os valores jurídicos e a idéia de Direito. Assim,

somente estabelecendo um critério de correção entre positividade (valor segurança jurídica) e eticidade (valor justiça), é que se poderia admitir a tese radbruchiana do julgamento do direito positivo por um direito supra-estatal eticamente valorado (Lima, 2024).

Como forma de atualizar a teoria radbruchiana e adotar esse critério corretivo, Alexy (1994, p.53) admite a fórmula de Rabruch somente em casos extremos, de absoluta incompatibilidade do direito positivo com a justiça pela adoção de exigências morais mínimas como critério de correção, é que se poderia invalidar a aplicabilidade de determinada norma positiva em função de considerações de ordem deontológica e dikelógica (estudo da dosimetria e aplicação do justo).

Diz Alexy (1994, p. 58): “La formula radbruchiana adopta evaluación que básicamente confiere prioridad a la seguridad jurídica y sólo en casos extremos invierte esta jerarquía”.

Alexy (1994, p. 67) preconiza ainda que, a partir do critério crítico do pós-positivismo de que deve haver um observador para a avaliação da pertinência lógica entre positividade e eticidade, ele coloca tal tarefa na função judicial de analisar os casos concretos e concretizar o conteúdo ético mínimo que o direito agrega (Lima, 2024).

O juiz seria o intérprete em condições de avaliar, através da fundamentação racional e da adoção de um ‘mínimo ético’ as condições de aplicabilidade de determinada norma positiva que “*en el transcurso del procedimiento de aplicación, se niega el carácter jurídico* (Alexy, 1994, p. 48)”.

Nesse sentido, os pensadores explorados mostram essa importante transição, os pontos aqui expostos são múltiplas perspectivas vistas no retrovisor do tempo, as quais geram reflexões sobre acontecimentos atuais que solapam o mundo jurídico e dos direitos humanos, da violação da soberania nacional ao direito internacional, do mundo do trabalho à liberdade individual, evidenciando que está em disputa o próprio futuro do direito e o direito do futuro.

Studer (2020) mostrou como o Direito pode ser desconstruído de sua expectativa de justiça e de ordem pública legítimas quando manipulado por juristas sem formação ético-política crítica e sem preocupação com a interpretação vinculada aos direitos humanos, mas transpassados de ideologia populista e de valores coletivistas.

Stolleis (2001) transporta a transição dos valores formais e positivistas pelo nazismo a valores de “elite” capitalista judaica como fator de enfraquecimento do sistema jurídico por interpretações mais políticas que publicistas estatistas em sua práxis, como Neumann (2009) já havia analisado, outrossim, em sua crítica mordaz ao desmonte do estatismo alemão e sua tradição racional pelo nazismo em poucos anos de poder.

CONCLUSÃO

O estudo sobre a fórmula Radbruch se mostrou essencial para entender a evolução histórica da teoria do estado e do direito penal, de modo especial para combater firmemente as violações que atentam contra a vida e a dignidade humana, especialmente quando praticadas por meio de mecanismos opressivos do Estado.

Em cenários de emergências político-jurídicas, impõe-se como imperativo normativo a adoção de instrumentos excepcionais que assegurem a preservação da ordem pública e a salvaguarda da vida. Tais mecanismos devem operar como balizas éticas e jurídicas intransponíveis, voltadas à contenção de práticas desumanas e à promoção da justiça substancial.

No horizonte de um Estado de Direito avançado, a fórmula Radbruch se configura como medida que constitui barreira legítima contra arbitrariedades e crueldades institucionalizadas, inclusive em formas de omissão para quem tem o dever de fiscal da lei, ou as praticadas por agentes que instrumentalizam o aparato estatal para fins de dominação e opressão.

No fundo, conclui-se que a teoria de Radbruch e a tradição neokantiana, estabelecem um “mínimo ético” para o direito e, ao ser atualizada por Alexy, propõe um critério de correção entre segurança jurídica e justiça, admitindo a invalidade de uma norma apenas em casos extremos de injustiça, atribuindo ao juízo a competência para realizar essa avaliação de emergência jurídico-política.

O direito penal não pode ser apenas um sistema formal de leis, mas, como defendem Radbruch e Alexy, deve ser pautado por um "mínimo ético" para ser considerado justo, tendo seu aperfeiçoamento hermenêutico não na visão formalista (positivista), em que a lei é válida independentemente de seu conteúdo moral, todavia em um autêntico resgate dos valores e da justiça como fundamentos indispensáveis para a reconstrução ética do ordenamento jurídico e diante da lucidez para uma paz verdadeira entre os povos, que como preconizado por Kant (2020) não pode ser um critério afastável para o direito universal, e somente com um princípio universal de justificação político-moral de sua atuação o Estado e a soberania são protegidos dos projetos totalitários, evitando, assim, que usem a força como legitimidade, quando na verdade é a legitimidade moral e política do Direito cosmopolita que deve legitimar os Estados.

A ponta de lança do Direito de guerra e a assimilação da guerra interna, mormente com o Direito Penal do inimigo do funcionalismo lógico-sistêmico-estratégico de G. Jakobs (2008), podem parecer uma visão de defesa da normatividade, mas ao ampliarem o argumento do uso da

força, é uma visão de construção normativista/abstrata e finalística da manutenção da ordem a todo custo, no fundo pode parecer muito mais uma carta em branco com chance de uso discricionário do que o fortalecimento da ordem jurídica interna.

O problema da violência estrutural que reflete a ilegitimidade do Direito é que ele se torna uma questão impossível de ser uma simples ‘guerra ao terror’, o mundo globalizado leva à complexificação das Ocrims e a ideologia de um Estado forte sem uma restauração moral da conduta dos próprios agentes é inócua – sem a estrutura de pensamento de reeducação e pacificação e com apologia da violência nada se conseguirá na estabilidade e revalorização da função estruturante da ordem jurídica na sociedade. Afinal, o cidadão não pode simplesmente desaparecer para a proteção do Estado porque contraria a ordem jurídica em um ponto, ele é uma pessoa com dignidade e singularidade devendo ser respeitado como fim em si, como mostrou Kant (2008).

Relacionar Kant e Radbruch associa a verdade formal dos princípios de reforma filosófica com a ideia de reconstrução do *ethos* humanitarista sobre o Direito, já que a ciência moderna enfatizou a penalidade da lei como resposta à conduta antissocial, a reelaboração crítica do Direito Penal pela jusfilosofia leva a soluções mais axiológicas do Direito.

Possivelmente Roxin e sua defesa dos bens jurídicos objetivos e que pode ser associado a transcendência axiológica do direito penal como fins da norma. Perante o sistema penal e sua finalidade punitiva, devemos pensar na ressignificação do sistema como recomposto por uma missão mais além, e que não macule a liberdade, apenas o mínimo possível, e efetivamente resguarde a humanidade dos presos e dos acusados, sem isso não adiantará a formação normativista – na prática penalista será repressão e, em geral, ineficácia, por isso os bens são objetivos que devem ser protegidos e não uma interpretação subjetivista das condutas e uma abstração heurística das normas criminais (Roxin, 2014).

Sair do causalismo decorrente da ciência moderna e sua ascendência positivista no Direito, mormente na subsunção mecanicista-retributiva do *jus puniedi* à conduta, a leitura ‘positivista’ de Kant pode ser substituída pela leitura ‘finalista humanitária’ que inicia no neokantismo e a reformulação de uma característica axiológica decisiva com Radbruch, o qual afastou do penalismo o mero causalismo positivista da norma e passou a julgar esta não só pelo legalismo da autoridade competente, mas pelo sistema de valores morais que minimamente devem nortear o ordenamento e a primazia do ser humano com o respeito de sua dignidade e autonomia como metas do Direito universalmente, sem descartar, outrossim, a inserção cultural

dos valores de cada ordenação jurídico-estatal.

Completar essa visão de justiça em Radbruch com o finalismo de Roxin e a revalorização do direito penal humanitarista pode ser um caminho persecutório da inserção dos direitos humanos no sistema criminal desde da “fórmula Radbruch” usada em Nuremberg para desconsiderar normas extremamente violadoras da dignidade e autonomia dos sujeitos como não jurídicas, associado também ao cosmopolitismo pacifista global kantiano e suas previsões de normas contratuais interestatais promotoras de acordos de pacificação como reforço do antipunitivismo no plano da ação internacional sobre a soberania transestatal,

REFERÊNCIAS

JAKOBS, G; MELIÁ, M. C. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

KANT, I. **A metafísica dos costumes**. Parte 1: doutrina do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KANT, I. **À paz perpétua**: um projeto filosófico. Petrópolis: Vozes, 2020.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2008.

LIMA, N.; MAMEDE, A.; SANTOS, L.; SOUZA, I. O guardião da constituição e os limites da atuação do tribunal constitucional. **Revista Jurídica da Unifil**, v. 20, n. 20, p. 275–288, 2024.

LIMA, N. de O. Gustav Radbruch e a crise dos valores jurídicos contemporâneos. In: SALGADO, R. H. C.; SILVA, R. B. (Orgs.). **A formação do pensamento hermenêutico**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2022.

LIMA, N. de O.; MAMEDE, A.; SANTOS, L.; SOUZA, I. **Teoria dos valores jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch**. Belo Horizonte: Dialética, 2024.

NEUMANN, F. **Behemoth: the structure and practice of National Socialism, 1933-1945**. Chicago: Ivan D. Dee, 2009.

PAUER-STUDER, H. **Justifying Injustice: Legal Theory in Nazi Germany**. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

RADBRUCH, G. **Filosofia do Direito**. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

ROXIN, C.; LEITE, A. (Orgs.). **Novos estudos de direito penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SCHUMPETER, J. A. **Teoria do desenvolvimento econômico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1964.

STOLLEIS, M. **Hesitating to Look in the Mirror**: German Jurisprudence after 1933 and after 1945. Chicago: University of Chicago, Law School, Fulton Lectures, 2001.