

## A DECISÃO JUDICIAL DO CASO DOS ATIRADORES DO MURO DE BERLIM E SUA FUNDAMENTAÇÃO BASEADA NA FÓRMULA DE RADBRUCH: Investigação acerca da aplicação do direito quanto à moral.

### OBJETIVO DE PESQUISA

Definir o caráter vinculativo do Direito à Moral. Explicitar a contribuição da Fórmula de Radbruch com a argumentação jurídica utilizada no caso dos Atiradores do Muro de Berlim, evidenciando os aspectos de extrema injustiça dos regimes autoritários da Alemanha soviética e nazista.

### METODOLOGIA

Bibliográfica, por meio da consulta de artigos científicos; qualitativa, em que houve o estudo da literatura em busca da caracterização axiológica da lei; e exploratória, visando a melhor compreensão da argumentação jurídica fundamentada por Radbruch.

### IDEIAS CENTRAIS

O Caso dos Atiradores do Muro diz respeito ao fato ocorrido no ano de 1984, durante o período da divisão alemã, em que um jovem civil foi assassinado por dois guardas que vigiavam o Muro de Berlim. A lei em vigor determinava que os sentinelas poderiam valer-se de quaisquer meios para impedir a fuga de um cidadão para a Alemanha Ocidental - inclusive o homicídio do fugitivo. O Tribunal Supremo Federal Alemão decidiu pela condenação dos atiradores e aplicou a Fórmula de Radbruch ao fundamentar a sentença. Segue a Fórmula:

- (1) O direito positivo, assegurado pela legislação e pelo poder, leva prioridade mesmo quando seu conteúdo é injusto e falha em beneficiar o povo, a não ser que o conflito entre estatuto e justiça alcance um grau tão intolerável que o estatuto, como "lei defectiva", deve ceder à justiça.
- (2) Onde não há sequer uma tentativa de justiça, onde a igualdade, o cerne da justiça, é deliberadamente traída na outorga da lei positiva, então o estatuto não é meramente "lei defectiva", ele carece completamente da própria natureza do Direito. Pois o Direito, incluindo o direito positivo, não pode ser definido de outra maneira senão como um sistema e uma instituição cujo próprio significado é servir à justiça. (RADBRUCH, 1946)

Visto que a jurisdição referente aos guardas priorizava a destituição de direitos dos cidadãos, a decisão judicial determinou que a lei em vigor era, para todos os efeitos, inválida e, assim, a culpabilidade dos guardas era evidente. Nesse sentido, a argumentação do Supremo Tribunal Alemão ia além de uma concepção moralista do Direito.

### CONCLUSÃO

A teoria de Radbruch tornou-se referência no que diz respeito à fundamentação e aplicação do Direito, legitimando a filosofia humanista que ressurgiu após as guerras do século XX. O Caso dos Atiradores representa um exemplo não só dos valores que devem guiar o Direito legítimo, mas também como uma lição histórica frente a um possível retorno de um Estado sem Direito. No que diz respeito à eventual insegurança jurídica derivada de uma concepção tópica ou moralista do Direito, Radbruch afirma que entre a justiça e a segurança jurídica, deve prevalecer a segurança jurídica - sendo a injustiça extrema o único limite superável da aplicação da lei positiva.

### REFERÊNCIAS

BIX, Brian. Radbruch's Formula and Conceptual Analysis. *American Journal of Jurisprudence*, Minnesota, volume 56, p. 45 a 57, 2011; GAVIAO FILHO, Anizio Pires. Direito e Moral - Positivismo, Não Positivismo e Aplicação das Normas Jurídicas. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Salvador, volume 4, 1, julho, 2018; 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. Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. 2006. 171 páginas. Dissertação de Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006; HALDEMANN, Frank. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law. *Ratio Jurisprudence*, Volume 18, No. 2, p. 162-178, junho, 2005; KIEFER DA SILVA, Cristian. Investigação a partir de Gustav Radbruch: A Proposta de Superação da "Injustiça Extrema" Através da Necessidade de (Re)construção Conceitual do Direito. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, Florianópolis, volume 7, número 1, p. 257 – 276, Jan/Jul, 2021; PINO, Giorgio. Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals. *Ratio Juris*, volume 27, 2, p. 190-217, junho, 2014; RADBRUCH, Gustav. Leys que no son derecho y derecho por encima de las leys. In: PANIAGUA, José Maria Rodrigues. *Derecho injusto y derecho nulo*. Trad. José Maria Rodrigues Paniagua. Madrid: Aguilar, p. 3-21, 1971.