



UM BREVE ESTUDO DAS VIOLAÇÕES PRATICADAS À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELOS NACIONAIS-SOCIALISTAS: O USO POSSÍVEL DA FÓRMULA DE RADBRUCH E O PAPEL DOS PRINCÍPIOS

Janine Rosi Faleiro¹

RESUMO: Este artigo aborda o tema do nazismo, apresentando um breve histórico dos fatos que antecederam o nacional-socialismo na Alemanha, bem como os atos praticados por Hitler e seus seguidores antes e durante a Segunda Guerra Mundial, especialmente envolvendo a situação dos judeus, analisando-se, brevemente, como o positivismo influenciou a situação. Em seguida, se analisa a dignidade da pessoa humana, seu histórico, conceito e importância para o operador do direito. A partir disso, estuda-se se, com suas condutas, os nacionais-socialistas alemães feriram o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e se é possível a aplicação da fórmula de Radbruch ao direito brasileiro. O Método de abordagem é o indutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: Nazismo. Positivismo. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This paper addresses the topic of Nazism, presenting a brief record of the facts that preceded the National Socialism in Germany, as well as Hitler's acts and his followers before and during the World War II, especially encompassing the situation of the Jewish people, analyzing it briefly about how the positivism influenced this situation. After, it is analyzed the dignity of the human person, its history, concept, and importance for the law operator. From that, it is studied if, with their conducts, the German National Socialists violated the fundamental principle of the dignity of the human person and if it is possible the application of the Radbruch formula into the Brazilian law. The approach method is the inductive and the technique research is bibliographical.

Keywords: Nazism. Positivism. Human Person Dignity.

1 INTRODUÇÃO

¹ Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Promotora de Justiça. E-mail: jrfaleiro@mprs.mp.br.

Uma escada de madeira liga o corredor de baixo ao terceiro andar. No alto da escada há um patamar com portas dos dois lados. A porta da esquerda leva à área de depósito de temperos e aos sótãos na parte frontal da casa. Um lance de escada tipicamente holandês, muito íngreme, também leva da parte da frente da casa até outra porta que se abre para a rua.

A porta à direita do patamar leva ao Anexo Secreto nos fundos da casa. Ninguém jamais suspeitaria de tantos cômodos por traz daquela porta cinza e lisa. Há somente um pequeno degrau na frente da porta, e você entra direto. Logo na frente fica uma escada íngreme. À esquerda há um corredor estreito indo até um cômodo que serve de sala de estar e quarto para a família Frank. Ao lado fica um cômodo menor, o quarto e local de estudo das duas moças da família. À direita da escada fica um lavatório sem janela, com uma pia. A porta no canto dá no toalete e a outra no nosso quarto, meu e de Margot. Se você subir e abrir a porta no alto da escada, terá a surpresa de ver um cômodo tão grande, claro e espaçoso numa casa antiga junto ao canal como esta. No cômodo tem um fogão (graças ao fato de ter servido de laboratório do Sr. Kugler) e uma pia. Aqui será a cozinha e o quarto do Sr. e da Sra. van Daan, bem como uma sala de estar, de jantar e de estudos de uso comum. E, então, a semelhança da parte baixa do prédio, há o sótão. Aí está. Agora já lhe apresentei todo o nosso querido Anexo Secreto. (PRESSLER; FRANK, 2015, p. 33-34).

O texto acima é parte do diário escrito por Anne Frank, entre 12 de junho de 1942 a 1º de agosto de 1944. Retrata o local onde a menina de 13 anos escondeu-se dos nazistas com sua família para evitar perseguição, prisão e morte. O que acabou acontecendo, já que no final a menina foi capturada neste local, juntamente com sua família e as pessoas que os ajudaram. Todos foram levados a prisões ou a campos de concentração, onde Anne acabou morrendo tragicamente.

Os horrores praticados pelos nacionais-socialistas alemães, antes e durante a Segunda Guerra Mundial, trouxeram ao mundo importantes lições que não devem ser perdidas, esquecidas ou minimizadas.

Ao mundo, e ao jurista, importa examinar o ocorrido àquela época, de modo a evitar futuras injustiças. É de grande importância examinar se o que ocorreu, com o aval do povo alemão, foi ou não indigno e o quanto o direito posto naquele momento contribuiu ou não para o desfecho do nazismo e os horrores da guerra, culminando com o holocausto. Também importa examinar se a fórmula de Radbruch, elaborada no pós-guerra, pode ser invocada no direito moderno quando o jurista se depara com a existência de leis injustas e arbitrárias.

Qualquer literatura ou filme que retrate o ocorrido causa repulsa, tristeza e, a alguns, por vezes, até culpa.

O presente estudo, portanto, aborda, em um primeiro momento, de forma histórica, os horrores praticados pelos nacionais-socialistas antes e durante a Segunda Guerra Mundial, especialmente em face aos judeus. Analisa-se sob um

enfoque histórico e jurídico, tratando-se, igualmente e de maneira muito breve, a influência do positivismo jurídico para as violações cometidas.

A partir desta abordagem inicial examina-se o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, seu histórico, conceito e a importância para os juristas e operadores do direito.

E por fim, com o desfecho final, se examina se é possível, nos dias atuais, se aplicar fórmula de Radbruch.

O Método de abordagem é o indutivo e a técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica.

2 OS HORRORES PRATICADOS EM FACE DOS JUDEUS PELOS NACIONAIS-SOCIALISTAS

Belsen, Alemanha, 1945.

... Aqui neste pedaço de terra há pessoas mortas ou à morte. É impossível distingui-las... Os vivos apoiam as cabeças nos cadáveres e ao redor deles caminha a esmo uma procissão fantasmagórica e terrível de pessoas emaciadas, sem destino ou esperança na vida, a impossibilidade de mudar sua vida, incapazes de observar as visões terríveis ao redor... Bebês nasceram aqui, seres minúsculos que não conseguiram sobreviver... Uma mãe, que enlouquecera, gritou para um sentinela inglês pedindo que desse leite ao seu filho e, depois de jogar a minúscula trouxa que carregava nos braços dele, saiu correndo com um choro horrível. Quando o sentinela abriu a pequena trouxa, viu que o bebê havia morrido há alguns dias. Esse dia em Belsen foi o pior da minha vida. (DIMBLEBY *apud* ROLAND, 2013, p.10).

Esta passagem do livro “Os julgamentos de Nuremberg” demonstra o quão cruéis e desumanos foram os nazistas que chocaram o mundo e levaram terror a milhares de pessoas, antes e durante a Segunda Guerra mundial.

Segundo Plauto Faraco de Azevedo (2014, p. 100-102), Walter Sheel, Presidente da República Federal da Alemanha, em maio de 1975, declarou que após o fim da Segunda Guerra seu “país saiu da guerra destruído e odiado, mas ficou livre dos assassinatos, da escravidão e da barbárie.”

O graduado em história Demercino Silva Júnior (2016) ensina que a Alemanha, no final da 1ª, em 1918, encontrava-se em uma profunda crise. Para sair desta crise e manter o que restou, seus líderes assinaram um acordo de paz conhecido como “Tratado de Versalhes”. Nele foram impostas à Alemanha, pelos

países vencedores, diversas proibições, sendo-lhe também exigido o pagamento de uma indenização pelos danos oriundos da guerra. Todas estas imposições e restrições criaram um clima de revolta na população, que se sentiu humilhada. O povo alemão se encontrava em péssimas condições decorrentes da guerra. Não havia trabalho, as pessoas passavam fome, a sociedade estava destruída. Na Rússia instalava-se o comunismo, sendo que os países capitalistas estavam sentindo-se ameaçados, o que levou a uma série de movimentos para conter o crescimento do comunismo.

Azevedo (2014, p. 91) lembra que

[...] o alto grau de instabilidade experimentado pela sociedade alemã após a Primeira Guerra constitui uma das principais causas históricas do nazismo. Este processo de desintegração social transformou-se, no plano patológico, em um desejo intenso, quase mórbido, de unidade.

O autor ensina que, no começo, esta instabilidade era apenas um estado apático, sendo que era necessário, para superá-la, alguém com “opiniões definidas a fim de converter-se em autoridade”. Hitler era a pessoa indicada para isso, sendo que “havia, pois, fatores favoráveis a uma ilimitada concentração de poder a fim de aumentar a unidade do grupo [...] esta noção exacerbada de unidade vai conduzir ao Estado totalitário.” (AZEVEDO, 2014, p. 91-92).

Nessa época, portanto, o discurso dos nacionais-socialistas era de que somente uma autoridade absoluta poderia construir um governo forte. O Estado, na concepção de Hitler, não era um fim em si mesmo, mas instrumento (AZEVEDO, 2014, p. 93).

“As duas noções através das quais se chega ao totalitarismo nazista são a raça e o líder, as quais devem ser atentamente consideradas, devido aos reflexos manifestos que irão apresentar na legislação nacional-socialista.” (AZEVEDO, 2014, p. 94).

A raça é a voz do grupo no indivíduo, constituindo-se no pressuposto básico sobre que os líderes nazistas desenvolveram suas ideias concernentes à raça germânica. “A pureza racial era o mais importante, pois, quanto mais pura fosse uma raça, tantos mais poderosos seriam os laços que uniriam os indivíduos.” Através da ideia de pureza racial teceu-se a sociedade totalitária, apelando-se para as teorias “que demonstravam a superioridade da raça germânica em razão de sua pureza.” (BARBU *apud* AZEVEDO, 2014, p. 94).

“O Volk é a realidade primeira, ao passo que o Estado não é senão o aparelho administrativo encarregado de executar as decisões do Führer”. (WALINE *apud* AZEVEDO, 2014, p. 95).

Ou seja, todos estes estudos demonstram que para o nacional-socialismo a situação do Volk era de “membro da comunidade”, o que leva “à negação de direitos subjetivos individuais”, enquanto que *Führer* – líder - era o “depositário da vontade do povo”. O indivíduo, então, como membro desta comunidade, tinha uma função social. (WALINE *apud* AZEVEDO, 2014, p. 95).

Hitler, em “Mein Kampf” (Minha luta):

[...] defendia a hegemonia da raça ariana, alegando que a Alemanha só se reergueria quando os povos se unissem “num só povo, num só império, num só líder”. Outras etnias, como judeus e negros, deveriam ser executadas. Hitler não gostava de judeus, pois afirmava que a Primeira Guerra só fora desastrosa por conta da traição dos judeus marxistas. Além do ódio contra outras etnias, Hitler também defendia o extermínio de testemunhas de Jeová e homossexuais. E comunistas, é claro. (SILVA JUNIOR, 2016).

Como se vê, os nacionais-socialistas, liderados por Hitler, com essa ideia de raça ariana, superior, odiavam judeus, homossexuais e ciganos, criando uma política antissemita que levou ao holocausto.

Mas os atos realizados desde que o líder nazista assumiu o poder na Alemanha, em 1933, apesar de criminosos, extremamente brutais e desumanos, foram praticados na mais absoluta legalidade dentro dos ditames jurídicos da época.

O positivismo jurídico contribuiu em muito para a manutenção das arbitrariedades praticadas por Hitler e pelo nacional-socialismo Alemão, tanto, que passado esse período de horror, juristas até então defensores do positivismo jurídico reconsideraram seus posicionamentos, como o fez Radbruch. (AZEVEDO, 2014, p. 178).

Gustav Radbruch (1962, p. 21-22) dizia que o nazismo conseguiu a sujeição dos soldados e dos juristas mediante o uso de dois princípios. Quanto aos soldados, pelo princípio de que ordens são ordens e, quanto aos juristas, pelo princípio de que antes de tudo se deve cumprir a lei. Quanto ao princípio de que ordem são ordens, havia uma restrição no art. 47 do Código Penal Militar que estabelecia que o dever de obediência cessava quando se tratava de ordens dadas com a finalidade delitiva. Todavia, o princípio de que se deve respeitar as leis, não encontrava restrição.

Incorria-se em contradição falar-se em lei que não expressasse o Direito, como no caso de leis supralegais.²

Nesse sentido, Radbruch (1962, p. 37) formula a seguinte premissa:

[...] é impossível traçar uma linha bem-definida entre casos de ilegalidade positivada e leis que são válidas apesar de seus defeitos. Uma linha de distinção, contudo, pode ser traçada com máxima nitidez: quando não há nem mesmo uma tentativa de fazer justiça, onde equidade, o âmago da justiça, é deliberadamente traído na essência do direito positivo, então a lei não é meramente uma 'lei defeituosa', ela perde completamente a real natureza de direito.³

Segundo Azevedo (2014), os positivistas afastavam as concepções axiológicas ou valorativas, reduzindo a tarefa do jurista a apenas dissecar as leis e ordens jurídicas positivas.

A partir da segunda metade do séc. XIX, o positivismo invadiu o Direito. Rejeita-se uma concepção do Direito que transcende as realidades empíricas dos sistemas legais existentes. Procura-se afastar as considerações de valor do direito e reduzir a tarefa a apenas dissecar as ordens jurídicas positivas. Aplicado o positivismo com sucesso nas ciências naturais, buscou-se aplicá-lo nas ciências sociais. (AZEVEDO, 2014, p. 177).

Neste contexto, partindo-se da ideia de que a lei deve ser cumprida sem influência de valores ou concepções éticas, é que os juristas à época do nacional-socialismo foram surpreendidos e se encontraram de mãos atadas para mudar inúmeras arbitrariedades praticadas pelo nacional-socialismo.

Azevedo (2014, p. 110) traz parte da história do nazismo e de como Hitler chegou ao poder supremo. O autor refere que, em 28/02/1933, foi criado o Decreto para a Proteção do Povo e do Estado, que previa, em síntese, a suspensão das

² Na obra traduzida: "El Nacional-socialismo supo maniatar a sus sesuaces, por una parte a los soldados, por la otra a los juristas, por medio de los principios: "órdenes son ordenes" y "la ley is la ley". El principio órdenes son órdenes nunca gozó de validez ilimitada. La obligación de obediencia cesaba respeto de las órdenes orientadas hacia fines delectivos de quien las daba (Código Penal Militar, artículo 47). El principio "la ley es la ley" no conoció por ele contrario ninguna limitación. Era la exprección del pensamiento jurídico positivista que durante muchos decênios predomino casi sin oposición entre los juristas alemanes. "Arbitrariedad legal" era por lo tanto una contradicción em si, lo mesmo que derecho supralegal. Si embargo, práctica se vê llevada a enfrentarse uma y outra vez con ambos problemas." (RADBRUCH, 1962, p. 21-22).

³ Na obra traduzida: "Es imposible trazar una línea más exacta entre los casos de arbitrariedade legal y de las leyes válidas aún apesar de su contenido injusto. Empero se puede efectuar outra delimitación com toda exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica." (RADBRUCH, 1962, p. 28-29).

liberdades civis e individuais, a pena de morte, a intervenção em Estados para garantir a ordem e a mudança no sistema da Constituição de Weimar para fechado. Também refere que foi criada a Lei para a Supressão do Estado de Miséria na Nação e do Reich, o chamado Ato de Habilitação, de 23/03/1933, que, entre outras coisas, estabeleceu que o Ministério do Führer poderia legislar, inclusive, contra a Constituição, contrair empréstimos e celebrar tratados.

As consequências do Ato de Habilitação foram o fim da soberania dos Länder (estados independentes), fim dos sindicatos, dissolução dos partidos, exclusão dos judeus do serviço público, universidades e serviços liberais, independência da SS, imprensa amordaçada, educação nas mãos do partido – juventude Hitleriana, controle sobre a arte, profusão da legislação discriminatória (*Judeus são indesejáveis*), lei de proteção ao sangue e a honra alemães e **a solução final para a questão dos judeus**. (AZEVEDO, 2014)

Ou seja, criou-se uma doutrina jurídica compatível com o nacional-socialismo, deixando-se os juristas de mãos atadas, legitimando o antissemitismo e o próprio holocausto.

Refere Azevedo (2014, p. 153) que a “Lei para a proteção do sangue e da honra alemães”, de 1935, proibia o casamento entre judeus e alemães ou aparentados, cominando aos infratores pena de trabalhos forçados; vedava relações extramatrimoniais entre judeus e pessoas de sangue alemão e aparentados, estabelecendo pena de prisão ou trabalhos forçados; além de proibir aos judeus que tivessem em suas casas, como criados, cidadãos de sangue alemão ou aparentados, cominando pena de prisão e/ou multa.

“Nos anos seguintes, todo um elenco de medidas legais foi progressivamente transformando os judeus em objetos, marginalizando-os do convívio com a ‘raça pura dos senhores de sangue alemão ou aparentado’”. (AZEVEDO, 2014, p 154).

Prossegue o autor dizendo que:

A escala de normas legais era evidente: começara-se com a supressão dos direitos políticos, prosseguia-se com o ataque à privacidade, mediante a proibição de casamento e mesmo de relações extramatrimoniais (no mesmo tempo em que cinicamente o “Reich” garantia, em um Estado em que ser judeu era uma infâmia, que este “se engalanasse” com as cores judaicas!) e, prosseguindo, atingia-se o patrimônio das pessoas de origem judaica que, por morte, se transmitia ao Estado – e, quanto a este aspecto, começava-se também a visar o judeu de nacionalidade estrangeira. (AZEVEDO, 2014, p. 154).

Mostra o autor, em sua excelente obra, como os judeus foram excluídos da vida econômica alemã, como poderiam ser limitados por autoridades do Reich a acessar certas regiões e lugares públicos a certas horas do dia; como ficaram obrigados ao trabalho forçado; como tinham de expor em suas roupas, no lado esquerdo do peito, a estrela de Davi; como os judeus ficaram à margem da vida em comunidade.

Mostra como os judeus foram humilhados, como perderam suas liberdades de ir e vir, suas propriedades, como foram transformados em escravos, como foram coisificados e reduzidos a objetos, como tiveram sua dignidade violada. Mas o pior ainda estava por vir com a solução final para a questão judaica.

Os judeus foram perseguidos e levados aos campos de concentração e lá submetidos a trabalhos forçados, a experimentos científicos, transformando-se em cobaias humanas e, por fim, foram submetidos a morte na câmara de gás, executados e incinerados, jogados às traças em covas abertas, às vezes mortos e em outras vezes, nem tanto.

Com isso observa-se que os nazistas ofenderam profundamente a dignidade da pessoa humana ao transformar os judeus em coisas, sendo auxiliados, em muito, pelo positivismo jurídico, através de leis extremamente arbitrárias.

Por isso é que Radbruch (1962, p. 42) concluiu que falta caráter jurídico às leis que tratam os homens como sub-homens e lhes negam direitos humanos⁴. Concluiu, também que leis extremamente injustas “não são Direito e que há Direito acima das leis”.⁵ (RADBRUCH, 1971).

Nesta ordem de ideias, importa aqui examinar brevemente o conteúdo do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, para, em seguida, se chegar a conclusão da possibilidade ou não do uso da fórmula de Radbruch no direito moderno.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

⁴ Na obra argentina traduzida: “Les falta además carácter jurídico a todas aquellas leyes que tratan a los Hombres como subhombres y les niegan derechos humanos.” (RADBRUCH, 1962, p. 40).

⁵ Na obra espanhola traduzida: “En todas partes, pues, se há alzado la lucha contra el positivismo partiendo de la Idea de que há leyes que non son Derecho y de que hay Derecho por encima de la leyes.” (RADBRUCH, 1971, p. 12).

A dignidade da pessoa humana é uma expressão de conteúdo materialmente aberto, vago e indeterminado, de difícil conceituação. É um atributo do ser humano, pelo só fato de sua condição humana, inerente a todo e qualquer pessoa. Não pode ser alienado ou renunciado, nem mesmo concedido por uma ordem jurídica, já que condição intrínseca ao indivíduo (ser humano).

A Constituição Federal Brasileira de 1988 estabeleceu, em seu art. 1º, III, que:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

Com tal previsão observa-se que a dignidade da pessoa humana, prevista no Título I – dos Princípios Fundamentais –, foi tratada pela Carta Magna como Princípio Fundamental do Estado Democrático de Direito.

E assim não poderia deixar de ser, já que a dignidade da pessoa humana, como já se disse, é a razão de ser do Estado Democrático de Direito, sendo que todo e qualquer direito fundamental dela decorre e com ela se conecta. Há uma conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, que na nossa Constituição Federal estão basicamente previstos no art. 5º, além de em outras partes de seu texto.

Ingo Wolfgang Sarlet (2006) faz uma retrospectiva histórica a respeito desse princípio, dizendo que esta ideia de valor intrínseco a qualquer ser humano tem origem tanto no pensamento clássico como cristão.

Explica o autor que se observa tanto no Velho como no Novo Testamento referências de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, diante do que o cristianismo teria extraído a consequência de que o ser humano “é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.” (SARLET, 2006, p. 30).

Segundo Sarlet (2006) a dignidade da pessoa humana já era referenciada no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, e estava vinculada a posição social ocupada pelo indivíduo e seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí falar-se em pessoa mais digna ou menos digna. Já no período estoico, a dignidade era reconhecida como uma qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, sendo que todos os seres

humanos eram dotados da mesma dignidade, noção intimamente ligada à liberdade pessoal de cada indivíduo – todos os seres humanos são iguais em dignidade.

Para o autor, desde a Idade Média, Tomás de Aquino, “partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, advogou ser essa qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e destino.” (SARLET, 2006, p. 31). Segundo Sarlet (2006), Tomás de Aquino pensava que a dignidade encontrava o seu fundamento na circunstância de o ser humano ter sido criado à imagem e semelhança de Deus e também na sua capacidade de autodeterminação, pelo que, por força dessa dignidade, o homem, sendo livre, existe em função de sua própria vontade.

Ainda, Sarlet (2006, p. 32-33) destaca que o espanhol Francisco de Vitória, no século XVI, sustentava que os índios, em função do direito natural e em decorrência de sua natureza humana, eram livres e iguais, pelo que deveriam ser respeitados como sujeito de direitos. Ainda, que no âmbito do pensamento jusnaturalista dos sécs. XVII e XVIII, essa noção de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade havia sido mantida. Para o autor, nesta época se destaca o pensamento do filósofo Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, além de sustentar que o homem não pode ser tratado como objeto.

Nesse sentido, Immanuel Kant (2007, p. 67-68) assevera que:

A vontade é concebida como faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis. E uma tal faculdade só pode encontrar em seres racionais.

[...]

Admitindo, porém, que haja uma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesmo, passa a ser a base de leis determinadas, nessa coisa e só nela é que estará a base de um possível imperativo categórico, quer dizer de uma lei prática.

Ora eu digo: - O homem e, numa maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*.

Para Kant (2007, p. 69) a pessoa humana é um fim em si mesmo e não um meio. Razão pela qual se repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano, sendo neste sentido o teor de seu segundo imperativo categórico: “Age de tal maneira que uses a humanidade tanto na tua

pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.” Para ele, pessoas têm dignidade e coisas, preço.

Sarlet (2006, p. 36) afirma que Hegel sustentava que “a dignidade constitui uma qualidade a ser conquistada, de tal sorte que o ser humano não nasce digno, mas adquire a dignidade a partir do momento em que adquire sua condição de cidadão”.

Para Sarlet (2006) é no pensamento de Kant que a doutrina jurídica majoritária identifica as bases dos fundamentos e conceitos da dignidade da pessoa humana atualmente.

Logo, constata-se que a Constituição Federal de 1988, já em seu limiar, andou bem ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como valor fundante da ordem jurídico-constitucional, pois que é desse princípio que decorre todo e qualquer direito fundamental, sendo que o Estado somente existe para atendimento das necessidades dos seres humanos.

Nas palavras de Sarlet (2006, p.38), “o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado”.

Conforme Sarlet (2006), dignidade da pessoa humana não encontra um conceito fixo, estando em constante construção e desenvolvimento. Para ele, é ela inalienável e irrenunciável, sendo tanto limite como tarefa dos poderes estatais e da comunidade, possuindo uma dimensão defensiva (negativa) e uma dimensão prestacional (positiva):

Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade. (SARLET, 2006, p. 47).

Ou seja, Sarlet (2006, p. 47) assevera que a dignidade é algo que pertence a cada um e a todos, não podendo ser perdido ou alienado, pois “deixando de existir não haveria mais limite a ser respeitado”.

Portanto, segundo o autor, a dignidade da pessoa humana estaria

[...] atingida sempre que o indivíduo fosse rebaixado a objeto, a mero instrumento, tratado como uma coisa, sempre que a pessoa venha a ser

descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos [...] onde não houver respeito pela vida, integridade física ou moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a liberdade e autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos, estar-se-á diante da violação dessa dignidade (SARLET, 2006, p. 59).

Diante disso, Sarlet (2006, p. 60) define como dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e considerado por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste contexto, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunidade com os demais seres humanos.

Robert Alexy (1986, p. 355), em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, afirma que

Esse princípio é tão indeterminado quanto o conceito de dignidade humana. Para além das fórmulas genéricas, como aquelas que afirma que o ser humano não pode ser transformado em mero objeto, o conceito de dignidade humana pode ser expresso por meio de um feixe de condições concretas, que devem estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida. Sobre algumas dessas condições é possível haver consenso. A dignidade humana não é garantida se o indivíduo é humilhado, estigmatizado, perseguido ou proscrito.

Alexy (1986, p. 356) lembra que o Tribunal Constitucional Federal resume a norma da dignidade da pessoa humana

[...] baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e se desenvolver em liberdade. [...] o conceito de liberdade desempenha um papel central nessa fórmula e, sustentar que, se esse conceito não desempenhar nenhum papel, não se trata de uma concepção de dignidade.

Como se vê, é inegável que, com o apoio do positivismo jurídico, os nazistas ofenderam a dignidade humana dos judeus e de tantos outros.

Na história da humanidade se viu e ainda se vê constantes violações a este valor fundamental, basta lembrar o que está acontecendo com os refugiados Sírios e o que está sendo praticado pelo Estado Islâmico. Mas, realmente os abusos, arbitrariedades e atos de horror cometidos pelo nacional-socialismo na Alemanha, antes e durante a Segunda Guerra mundial, praticados em face dos judeus e outros tantos, foram repugnantes. Os nazistas trataram os judeus como coisas, lhes humilharam, estigmatizaram, perseguiram, retirando-lhes seus bens, violando sua

integridade física, liberdade e, por fim, como nada mais podiam fazer, retiraram-lhes a vida. Tiraram-lhes tudo, até que nada sobrou. Dignidade? Que dignidade, se vida não mais havia? Os nazistas não eram homens, mas uma espécie patológica que cresceu à sombra das guerras e da destruição.

Feitas estas considerações, pergunta-se se é possível o uso da Fórmula de Radbruch no direito moderno para o afastamento de leis injustas.

Neste sentido, o papel dos princípios passa a ser de fundamental importância, especialmente em uma era pós-positivista.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2008, p. 14) explica que

Uma das teses fundamentais do pensamento crítico é de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independente da bênção estatal, da positivação, do reconhecimento expreso pela estrutura de poder. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei.

E o autor prossegue dizendo que

[...] é certo que já não se alimenta a crença de que a lei seja 'a expressão da vontade geral institucionalizada' e se reconhece que, frequentemente, estará a serviço de interesses, e não da razão. [...] Não existe compromisso com o outro sem a lei. É preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível. (BARROSO, 2008, p. 17-18).

Na esteira do que já se sustentou anteriormente, Barroso (2008, p. 26) também afirma que movimentos políticos e militares como o nazismo e o fascismo “ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei” e que “[...] o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subproduto do positivismo jurídico, serviram de disfarces para autoritarismos de matizes variados.”

Adiante, refere que no Direito do pós-guerra, da segunda metade do século passado, não cabia mais o positivismo. No pós-positivismo, “seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva”, sendo àquele, na realidade, uma superação do conhecimento existente. “[...] ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade.” (BARROSO, 2008, p. 28).

Para Barroso (2008, p. 28-29), o constitucionalismo moderno estabelece uma reaproximação entre ética e Direito, um retorno aos valores, os quais materializam-se em princípios abrigados nas Constituições, de forma explícita ou implícita. Na moderna dogmática é reconhecida a normatividade dos princípios, os quais são a síntese dos valores contidos no ordenamento jurídico.

Já “a distinção qualitativa entre regras e princípios é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista”, traduzindo-se a Constituição num “sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.” (BARROSO, 2008, p. 30).

Então, para este jurista, o Direito é um sistema aberto de valores, um conjunto de princípio e regras destinado a realizá-los, “a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva.” (BARROSO, 2008, p.35).

E aqui se chega à conclusão de que o uso da fórmula de Radbruch é perfeitamente aplicável modernamente. Não se deixa de reconhecer a necessidade e importância da lei positivada, sistema que, aliás, permanece sendo utilizado no ordenamento jurídico brasileiro, mas é possível se recorrer aos princípios e valores contidos nele e na Constituição para se afastar a arbitrariedade e injustiça da lei. E o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é um importante instrumento para a realização e efetivação dos direitos fundamentais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que foi exposto, observa-se que o nacional-socialismo, com suas múltiplas arbitrariedades, com seus horrores, utilizando uma noção patológica de povo, raça pura e líder, e com o auxílio do positivismo jurídico, criou leis arbitrárias, injustas, as quais, assim como seus atos, violaram cada espaço de dignidade humana do povo judeu e de tantos outros seres humanos.

Humilharam, estigmatizaram, reduziram os judeus a instrumentos e coisas, violando sua propriedade, liberdade, honra, integridade física, chegando a dar início a tão odiosa solução final, que nada mais era do que pôr fim, definitivamente, aos judeus, matando-os e exterminando-os.

Violaram seu maior direito: a dignidade da pessoa humana.

Ora, o homem, pelo simples fato de ser humano, dotado de dignidade, é a razão de ser do Estado Democrático de Direito. Este Estado, que não é um fim em si mesmo, mas um meio para atendimento da paz social e das necessidades do ser humano, existe para a concretização destas necessidades. Por isso, deve o Estado garantir a todos liberdade, integridade física, propriedade, e, acima de tudo, uma vida digna, minimamente boa.

Assim, leis injustas, arbitrárias, que não exprimem minimamente direito devem ser afastadas.

Conclui-se, então, que a fórmula de Radbruch pode e deve ser aplicada sempre que a lei positivada se mostrar extremamente injusta, porque não é Direito. E isso se torna possível com a utilização dos princípios constitucionais, especialmente fundamentais.

Portanto, surge a necessidade de intervenção diária do jurista, para que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana seja concretizado e suas violações evitadas e punidas, devendo a humanidade se precaver para que tais brutalidades jamais ocorram novamente, mesmo sabendo-se que isso é, em verdade, uma utopia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria do Direitos Fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 1986.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Limites e Justificação do Poder do Estado**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Ltda, 2007.

PRESSLER, Mirjam; FRANK, Otto H. **O Diário de Anne Frank**. Tradução Alves Calado. 52. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal e Derecho Supralegal**. Tradução Maria Isabel Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

RADBRUCH, Gustav. **Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes**. Derecho Injusto e Derecho Nulo. Madri: Aguilar, 1971.

ROLAND, Paul. **Os julgamentos de Nuremberg**: os nazistas e seus crimes contra a humanidade. São Paulo: M. Books, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade (da pessoa) humana no âmbito da evolução do pensamento ocidental. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 13, n. 17, p. 249-267, jan./dez. 2015.

SILVA JUNIOR, Demercino José. **Nazismo**. Brasil Escola, 2016. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/historiag/nazismo.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2016.