

# 3

## ENTRE A CONTINUIDADE E A RUPTURA: REVOLUÇÃO E FORMALISMO NO DIREITO MODERNO

Fernando José Armando Ribeiro<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo pretende realizar uma análise de como os vetores da continuidade e da ruptura têm marcado a conformação e estrutura do Direito moderno. A partir de um estudo de elementos teóricos e históricos do fenômeno revolucionário e, mais detidamente, da Revolução Francesa, pretendemos demonstrar a importância da ideia de ruptura para a gênese do Direito na Modernidade. Com a implementação deste novo Direito, o conceito de segurança jurídica colocar-se-ia como elemento central a demandar tanto uma configuração normativo-institucional quanto um pensar estruturante que lhe desse respaldo. Sob o signo do positivismo, a supremacia conferida aos fundamentos formais do sistema terminou por velar a dialética entre continuidade e descontinuidade, abrindo caminho para os fenômenos ocorridos durante o período entre guerras. A partir daí constatou-se um amplo movimento visando repensar o Direito e buscando o resgate de novas dimensões da racionalidade jurídica. Investigamos então

---

<sup>1</sup> *Visiting Scholar* da Universidade de Berkeley (EUA) (bolsista Fulbright/Capes). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, lecionando nos cursos de Bacharelado, Mestrado e Doutorado. Juiz do TJMMG.

como este movimento, alcunhado de pós-positivismo, pode contribuir para uma nova compreensão da dialética entre a continuidade e a ruptura no Direito.

**Palavras-chave:** Continuidade; ruptura; revolução; revolução francesa; direito moderno; racionalidade; segurança jurídica.

## 1 INTRODUÇÃO

A ordem jurídica moderna apresenta-se de tal forma ligada à ideia de segurança, que praticamente nos esquecemos de que a história do Direito tem sido marcada por uma dialética de continuidade e descontinuidade. A valorização dos limites formais de um Direito visto como ordenamento jurídico pode mesmo impedir a correta compreensão de que a continuidade e a descontinuidade mantêm uma mútua relação de dependência e implicação. Como nota Geneviève Koubi, a difundida noção de continuidade no Direito pode revelar-se como uma fórmula para simplificar e mitificar momentos históricos tumultuosos, em que, assim como na Geografia, a continuidade se afirma por meio de uma sistematização dos fenômenos de descontinuidade (KOUBI, 2009: *passim*).

Uma das características mais paradoxais do Direito moderno reside no fato de que este, sendo fruto autêntico de uma revolução, veio a depositar tamanha confiança na estruturação formal do sistema, que passaria a suprimir a própria ideia de descontinuidade. Para isto concorreram evidentemente muitos fenômenos, entre os quais se situa, com destacada importância, os elementos teóricos e ideológicos conformadores das revoluções modernas, entre as quais se destaca a Revolução Francesa. A crença na fundação de um “marco zero” na história, a partir do desenvolvimento de um modelo jurídico que se pretendia uma absoluta ruptura com todos os legados do passado, somado à nova equação que legitimava o Direito por remissão à soberania popular, forneceu as bases de sustentação dos postulados centrais do positivismo jurídico. Veremos aqui, mediante o pensamento daquele que foi um de seus representantes principais, como o positivismo simbolizou uma supressão da ideia de ruptura e descontinuidade no Direito.

Buscaremos também resgatar de que forma os fenômenos ocorridos durante o período entre guerras, e que restaram conhecidos como

“Direito e violência” (Habermas) possibilitaram o surgimento de profundo repensar do Direito, tendo no Tribunal Internacional de Nuremberg o início da busca pelo resgate de novas dimensões da racionalidade jurídica. A partir dali, constata-se a ascensão de um amplo movimento de restauração do pensamento e da prática jurídicas em diversos países do mundo. Analisaremos também como este movimento, alcunhado pós-positivismo, pode contribuir para uma nova compreensão da dialética entre a continuidade e a ruptura no Direito moderno.

## 2. A REVOLUÇÃO

A origem e o desenvolvimento do conceito de revolução apresentam um quadro de mudanças tão frequentes como poucas expressões da história do pensamento ocidental puderam experimentar, começando com uma vinculação às ciências físicas e naturais para desembocar na terminologia da Ciência Política e do Direito. Uma breve observação histórica mostra-nos que, à margem de alguma menção esporádica da palavra durante a Idade Média, seu uso se vincula de modo direto à polêmica astronômica a partir da obra de Copérnico. Em princípio, pois, as revoluções eram trajetórias dos corpos celestes ao redor de seu centro. Da determinação desse fato neutro segue que tais trajetórias são regulares e estão predeterminadas por forças universais e imutáveis (SORIANO, 1991: *passim*).

A mecânica newtoniana formava, assim, um conjunto de leis e de comportamentos previsíveis. A primeira ideia de revolução apresenta-se, portanto, unida à ideia de ordem, equilíbrio, regularidade e, com alguma translação conceitual, legalidade. Possui, pois, uma grande distância da concepção mais comum de revolução que em seguida se faria generalizada. Esta segunda ideia (já de conteúdo político) de revolução vincula-se a uma alteração brusca e violenta da ordem constituída, que a torna sinônima de mudança e ruptura, e teria procedido da Revolução Francesa de 1789. Tem-se aí a conhecida dualidade de visões possíveis acerca de todo movimento revolucionário o qual, ao ver de muitos, termina por fincar sua legitimidade no êxito alcançado (BERMAN, 2003: 9-28).

Ora, já na Revolução Francesa apresentar-se-á nitidamente tal quadro de visões, divididas entre aqueles que viam nela não mais que

um movimento de destruição e violência, e, de outra feita, aqueles que a viam como a reinstalação de uma ordem ideal perdida no curso dos regimes despóticos. Do ponto de vista dos revolucionários, o único agitador em França era Luis XVI, sendo esta a opinião das classes pensantes do reino – apesar de não em todas as suas dimensões. Busca-se a fundamentação das suas pretensões em conceitos anteriores aos regimes absolutistas, como, inclusive, na própria teorização de Bodin que, ao cunhar a teoria da soberania – sobre a qual cavalgaria o absolutismo –, recorda que o poder soberano está limitado pela lei divina, como também pelas “velhas leis do reino” (*apud* BOBBIO, 1997: 1.179-1.185). Sobre os conceitos de “velhas leis do reino” sustentarão alguns que a ausência de convocação dos Estados-Gerais durante quase dois séculos na França atentava de modo direto contra os fundamentos constitucionais do Estado estamental, e, neste sentido, convertia-se em um ato de profunda ilegitimidade.

De outra parte, se faria notar também a ideia da revolução como fenômeno de destruição e violência, procedente da literatura antirrevolucionária de que são representantes principais Dickens e Burke. Em suas célebres *Reflexões sobre a Revolução Francesa*, Burke tenta provar a tese de que os títulos esgrimidos pelos revolucionários para justificar seus atos, vale dizer, a lei natural e a razão, não podem prevalecer sobre os títulos históricos da nobreza como expressão de evolução da constituição orgânica (*apud* BOBBIO, 1997: 1.121-1.131).

Assim, a partir da Revolução Francesa, o termo revolução passou a sintetizar os dois sentidos, e com eles subsiste até nossos dias: para os seus partidários, o processo revolucionário afigura-se como a recuperação de um estado de coisas *ex ante facto*, dotado de regularidade e segurança. Daí a justificação da violência e do sofrimento, sempre visto sob o espectro da obtenção de um estado de coisas mais desejável. Os opositores do movimento revolucionário, todavia, seguem considerando a revolução como um processo condenável em si mesmo, gerador e portador de violência, insegurança e miséria.

Todavia, não podemos negar a profunda importância que a Revolução representa para a construção do Direito moderno, seja em sua gênese histórica, seja nos fundamentos de alguns de seus alicerces teóricos como a possibilidade de sua contínua expansão e reprodução.

Não podemos nunca nos esquecer que o compromisso de que o Direito se faça obra de um povo exige que o hoje não se apresente como uma simples derivação do ontem, mas como escolha racional, cuja manutenção dependerá da legitimação de seus próprios postulados.

### **3. REVOLUÇÃO FRANCESA E A JUNÇÃO PARADOXAL ENTRE CONTINUIDADE E DESCONTINUIDADE**

Tão grande foi a pretensão de ruptura e transformação que o Direito sofreu com a Revolução Francesa de 1789, que esta viria a se consagrar como um símbolo histórico do universo jurídico e político moderno, fenômeno que Hegel iria tematizar como o verdadeiro “parto de uma sociedade nova” (OLIVEIRA, 1991: 74). É que, como ensina Baracho Júnior, no período que antecede a formação das organizações políticas modernas, as normas que regulam o agir humano têm uma fundamentação transcendental (2000: 23), pouca distinção havendo entre o Direito e demais ordens normativas.

Como constatou Tocqueville, esse novo modo de pensar e de agir não poderia buscar sua fundamentação no sistema político-jurídico até então vigente, haja vista a crença, partilhada pelos revolucionários, de que a construção da nova ordem necessitava mais de princípios ditados pela razão do que de exemplos históricos ou costumes antigos (1988: 293-294).

Nesse sentido a constatação de Ferraz Jr., ao demonstrar que o Direito, com a Revolução Francesa, torna-se uma criação *ab ovo*. É que o direito passou a ter sua validade percebida como algo maleável e, ao fim, manipulável, podendo ser tecnicamente limitada no tempo, possibilitando, em alto grau, o detalhamento dos comportamentos como juridicizáveis. Assim, não dependeria mais, o caráter jurídico das condutas, de algo que tivesse sido sempre Direito (1989: 9). A plena convicção de novidade, partilhada pelos revolucionários, revela-se bem pela mudança das formas métricas tradicionais, pela criação do sistema métrico decimal e, sobretudo, pela abolição e substituição do calendário cristão.

Assim, a necessidade de implantação de uma nova ordem social traria em seu bojo a ideia de uma nova Constituição do Estado, a

qual haveria de ser baseada na separação de poderes e na garantia dos direitos individuais (art. 16 da *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*). Da observação conjunta da Declaração de Direitos e da Constituição de 1791 constata-se facilmente tratar-se de documentos que representam a quintessência das realizações constitucionais da fase inicial da Revolução Francesa, sendo que, a partir de então, sobretudo da norma contida no célebre art. 16, só se poderá falar de uma constituição, com o sentido que lhe é atribuído pelo constitucionalismo moderno, desde que se observe nos textos uma adesão a certos requisitos anteriormente definidos. Tem-se, portanto, a fixação de marcos preestabelecidos para a continuidade do fenômeno constitucional, o qual será visto como adequado à luz da continuidade com estes elementos.

Como constata Horst Dippel, notável historiador do constitucionalismo, embora não tivessem sido completamente reproduzidos na Declaração francesa de 1789 e na Constituição de 1791, os dez traços essenciais de Virgínia apenas se tornaram elementos constitutivos do constitucionalismo moderno como fenômeno global porque foram recebidos (acolhidos) em França em 1789, e em virtude do art. 16 declarar que somente a presença de certos traços essenciais nos permite falar de constituição no seu sentido moderno. Qualquer que tenha sido a importância do art. 16 num contexto especificamente francês, o seu significado global reside no fato de nele se insistir, pela primeira vez, num documento constitucional, que o constitucionalismo moderno envolve certos elementos na ausência dos quais não podemos falar propriamente de constitucionalismo (2007: 16-17).

Todavia,, como esta nova ordem não deveria absorver os legados do passado, a ideia de Direito se confundirá com a ideia de uma construção grandiosa e racional de uma ordem social e política a qual pretendia se manifestar como a própria forma de exercício das liberdades do povo soberano. Estava instaurado, pois, um dos elementos centrais, e profundamente paradoxais do Direito moderno, como dinâmica revolucionária que pretende encobrir e superar todas as revoluções. O Direito positivo chama para si todo o processo de mudança, e consagra a ideia de que pela forma pode-se garantir a continuidade, para além de todas as transformações.

#### 4. A CONTINUIDADE MEDIANTE O FORMALISMO: O PENSAMENTO DE HANS KELSEN

O pensamento formalista, que descredencia toda possibilidade de descontinuidade no Direito encontrou uma sólida formulação no pensamento de Hans Kelsen. Para o jurista vienense, o ordenamento jurídico não pode ser cientificamente estudado como se fosse uma simples justaposição de normas que regulam o comportamento humano, mas, ao contrário, deve ser vislumbrado como um todo unitário e sistemático, pelo fato de todas elas possuírem o mesmo fundamento de validade (KELSEN, 1984: 57; 277; 310).

O conceito formal de fundamento de validade possibilita, assim, que o ordenamento jurídico se apresente como uma estrutura que, a um só tempo, possibilita que o Direito se abra a uma constante reprodução, sem que se mostre como ruptura ou descontinuidade com relação à normatividade já produzida.

Segundo Paulson, a resposta dada por Kelsen à sua própria *questão transcendental* – situada no âmbito da pretendida distinção entre *sein* e *sollen* e consequência direta de seu dualismo metodológico – está vinculada à sua referência à norma fundamental (PAULSON, 1991: 176-177).<sup>2</sup>

Todas e quaisquer normas contidas no esquema piramidal – à exceção da norma fundamental e dos atos materiais de execução – são, ao mesmo tempo, *atos de aplicação* das normas mais gerais e superiores e *atos de produção* das normas mais individuais e inferiores. Do ponto de vista da teoria pura, os atos de *aplicação* constituem um *dever jurídico* imposto aos “destinatários” primários e secundários e os atos de *produção* constituem *atos de poder*, originados do exercício de uma autorização dada pela própria ordem jurídica (KELSEN, 1984:325).

O ponto de ligação de todas estas normas reside precisamente no conceito lógico-formal de “*fundamento de validade*” (KELSEN,

---

<sup>2</sup> Este autor, ainda, observa que esta “idéia intuitiva” da norma fundamental se baseia num argumento claramente circular, haja vista que “se o problema é porque as normas do nível mais alto são válidas e se simplesmente logo se assume que são válidas, estamos de novo diante do mesmo problema”.

1984: 297), segundo o qual a validade de uma norma, entendida como sua existência específica, consiste em sua pertinência ao ordenamento jurídico, em face de se ajustar aos seus critérios próprios de produção normativa (princípio de legitimidade) (KELSEN, 1984: 266; 269; 289-290).

Cada norma jurídica, para que possa ser considerada como válida, deve ter sido produzida de acordo com os critérios formais e materiais previstos no próprio ordenamento, relativos **a)** ao sujeito ou órgão competente, **b)** ao procedimento e – em certa medida – **c)** ao conteúdo, todos estabelecidos pela norma imediatamente superior; e assim sucessivamente percorre-se todo o ordenamento jurídico, de grau em grau, numa escala ascendente, até se alcançar a norma fundamental (KELSEN, 1984: 324-326).

É de se ressaltar, no entanto, que a determinação da norma inferior pela norma superior nunca será total, salvo determinadas proibições de natureza material; isto é, nunca será de tal maneira que a norma inferior seja logicamente deduzida por completo a partir do conteúdo da norma superior, vez que existe sempre uma certa discricionariedade por parte do órgão aplicador da norma superior ao criar a norma inferior (KELSEN, 1984: 324-326).

Para Kelsen, todavia, tal questão não representa uma ruptura com o fundamento de validade das normas, e nisto reside um dos legados mais obtusos da tradição positivista.<sup>3</sup> É que tal fundamento de validação

<sup>3</sup> Para uma melhor compreensão do caráter problemático deste pressuposto do pensamento kelseniano, ver Marcelo Cattoni de Oliveira, *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 121-149. Neste trabalho, demonstra o autor os riscos que a discricionariedade imaginada por Kelsen pode acarretar. Primeiramente os riscos para o Estado Democrático de Direito, o qual não se compatibiliza com decisões que não demonstrem argumentativamente a sua correção normativa. Ademais, traz também consequências perversas para o próprio projeto positivista, por apresentar incoerências internas. Entre elas, destaque-se a possível inversão da pirâmide normativa operada por tal pressuposição, ao deixar a questão do que seja o Direito nas mãos de um Tribunal superior, e não na normatividade que confere validade à norma aplicada. Por fim, evidencia-se a insustentabilidade dos pressupostos teóricos com que Kelsen trabalha, entre os quais o de que a Ciência do Direito seria capaz de descrever todo o quadro das interpretações possíveis (a chamada “moldura” normativa).



de concerne apenas ao que ele denomina de dinâmica jurídica. A nota essencial de um sistema normativo dinâmico é o fato de que a validade de uma norma jurídica se fundamenta na validade de uma norma superior, sem relação com qualquer conteúdo (pois esta relação com um determinado conteúdo é a nota que caracteriza os sistemas estáticos, como o sistema moral) e que essa relação de fundamentação-derivação possa *retroagir* até a norma fundamental. Numa elucidativa passagem da *Teoria Geral das Normas*, sustenta Kelsen que: “No fato de que uma norma *deve ser* cumprida e, se não cumprida, *deve ser* aplicada, encontra-se sua *validade*, e esta constitui sua específica existência”. (KELSEN, 1986: 4-5)<sup>4</sup>

Kelsen, dessa forma, pretende que a justificação do fundamento de validade de uma norma jurídica não necessite submeter-se a uma instância sobre-humana (metafísica), mas sim à validade de outra norma pré-existente. Esse o sentido de suas afirmações segundo as quais um *dever-ser* só pode derivar de outro *dever-ser* e que a eficácia global de um ordenamento jurídico é apenas uma *condição*, mas não a *razão* da validade das normas que o integram (KELSEN, 1984: 299).<sup>5</sup>

Nesse afã de eliminar as considerações meta ou extrajurídicas para justificar o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, Kelsen recorre à *norma fundamental* (*Grundnorm*) para consolidar a ideia de que *o Direito é obrigatório – portanto válido – em função dele próprio*, tentando preservar, dessa forma, a autonomia do especificamente jurídico com relação à faticidade do *Sein*, e afastar o *Sollen* de qualquer tipo de considerações éticas, quaisquer outros valores transcendentais ao Direito positivo (KELSEN, 1995: 66).

Ao considerar a norma fundamental como um pressuposto “lógico-transcendental” sob o ponto de vista teórico-gnoseológico (KELSEN, 1995: 65), busca Kelsen fornecer resposta à questão do fundamento de validade (razão de obrigatoriedade) do ordenamento jurídico como um todo – assim como de suas normas isoladamente consideradas –, qualificando-a não como norma posta (querida), mas como norma *pressuposta* (pensada) ou Constituição em sentido lógico-jurídico.

<sup>4</sup> Para uma visão global, cf.: MIRANDA AFONSO, 1984: 255-261.

<sup>5</sup> Comparar com MIRANDA AFONSO, 1984: 241-254 [esp. p. 243-244].

## 5. LIÇÕES DO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG

O Tribunal Internacional de Nuremberg pode ser considerado como um dos instantes de maior e mais intenso questionamento dos postulados sustentadores do pensamento positivista. O reconhecimento de valores inerentes ao próprio desenvolvimento histórico cultural humano, em esfera supraestatal, é uma das vertentes contribuições principais do Tribunal de Nuremberg, em sua pretensão de que o Direito Internacional venha a cumprir aquela finalidade “urgente de restaurar a saúde ética da humanidade. Tornar efetivo o respeito à pessoa humana em virtude da descoberta de sua importância para quaisquer planos políticos” (DINIZ, 1995: 79). Tal finalidade resta sobremaneira evidente nos princípios por ele estabelecidos.

Os juízos de Nuremberg foram desenvolvidos de acordo com os princípios estabelecidos na *Nuremberg Charter*, firmada entre os Estados Aliados. Conforme ensina Canêdo, “o Tribunal Internacional Militar de Nuremberg constitui a principal experiência até hoje realizada de implementação de um projeto longamente acalentado por importantes estudiosos, qual seja, o de fazer valer princípios cujo âmbito de validade se estenderia mais além das fronteiras nacionais e que, por conseguinte, mereceriam proteção de um tribunal encarregado, na órbita penal, de entronizar valores universais de dignidade humana”. (1990: 64-65)

Em decorrência de tais processos, grande número de pessoas foram condenadas à morte, e, sobre muitas outras – não somente os líderes nazistas – recaíram severas penas privativas de liberdade, não em virtude de suas ações militares na guerra, mas sim por terem perpetrado atos que nenhum ser humano, sob nenhuma circunstância, teria o direito de realizar. Trata-se dos chamados crimes contra a Humanidade e contra a Paz. Em Nuremberg, o réus não foram governos, mas, sim, indivíduos acusados e condenados pela prática de crimes contra o Direito Internacional e contra a Humanidade.

Seu aspecto mais polêmico e relevante, todavia, reside na constatação de que muitas das leis por cuja violação foram castigados não eram formalmente válidas quando as ações foram perpetradas, havendo pois uma aplicação das mesmas *ex post facto*. Entretanto, o que

se sustentou foi que se cuidava de prescrições que dizem respeito à própria essência humana, sendo produto da evolução e concretização da liberdade naquele momento histórico a que o homem atingira. Refletindo sobre tal posicionamento a partir do pensamento de Hannah Arendt, leciona Arthur Diniz que:

O mal no Terceiro Reich... deixou de ser uma tentação individual para converter-se em legalidade. Por isso, nesse contexto – Eichmann e a maioria – eram cidadãos que respeitavam e acatavam as leis. É isto que torna inadequados estes conceitos de que se valeu a defesa e que foram elaborados pela tradição do positivismo jurídico – tradição que identifica o Direito com a lei. De fato, num contexto deste tipo, o que está em jogo não são os possíveis erros teóricos do positivismo jurídico enquanto atitude diante da experiência jurídica, mas sim algo novo: seus horrores políticos na medida em que **a redução do Direito à lei é uma redução do Direito à Hitler** (*reductio ad Hitlerum*). (DINIZ, 1995: 44).

Assim, a condenação de homens e não de governos pelos crimes de guerra constituiu um importante postulado a que se ateu o Tribunal, tendo em vista que tais crimes são cometidos por homens concretos e não por entidades abstratas, sendo que apenas punindo os indivíduos infratores pode ter eficácia a norma internacional. Segundo o Tribunal, não se pode aceitar a defesa de tais crimes com base na alegação de estrito cumprimento de obrigações legais, restando estabelecido que há condutas que jamais devem ser realizadas, não importa de onde promane sua imposição. Assim é que a alegação de obediência legalmente devida não foi acolhida pelo Tribunal, o qual estabeleceu só ter ela relevância como circunstância atenuante, devendo ser levada em consideração apenas no momento da aplicação da pena.

A rigor, o princípio a que se chegou em Nuremberg não foi apenas de que em determinadas circunstâncias injustas há um direito a desobedecer o direito, senão que há momentos em que existe mesmo um *dever de desobedecer*, constituindo este um dever jurídico e não apenas moral. Apesar do conteúdo polêmico que tais premissas comportam, há que ressaltar a grande importância do reconhecimento cabal de um direito que atinge todos os cidadãos de desobedecer às ordens estatais quando estas contrariem a *Lei da Humanidade*. Te-

remos aqui a retomada de uma velha posição já de muito sustentada por Mostesquieu, cujas palavras parecem ecoar vivas em nossos dias, mesmo tendo sido proferidas há mais de dois séculos:

Se soubesse de algo que me resultasse útil, mas que resultasse prejudicial à minha família, o excluiria de meu pensamento. Se soubesse de algo que fosse de utilidade à minha família, mas não à minha pátria, tentaria esquecê-lo. Se soubesse de algo que fosse útil à minha pátria, mas que fosse prejudicial à Europa, ou sendo útil à Europa fosse prejudicial ao gênero humano, o consideraria um crime. (*apud* PASSERIN D'ENTRÈVES, 1970: 52)

Há três esferas nas quais se supõe que os princípios de Nuremberg ensejam a desobediência à lei: 1) Os crimes contra a paz, as guerras de agressão e as guerras em violação dos tratados; 2) Os crimes de guerra, as violações das leis e costumes da guerra; 3) Os crimes contra a Humanidade, cuja inclusão no debate jurídico e político pode ser apontada como a maior virtude do Tribunal de Nuremberg (CANÊDO, 1999: 73). Como ensina Canêdo, se os crimes contra a paz e os crimes contra a guerra constituem violações de princípios fundamentais do Direito Internacional Público – entendido como Direito da comunidade internacional –, confirmados em tratados e convenções, os crimes contra a humanidade dizem respeito à proteção de direitos humanos fundamentais, que, por suas dimensões e amplitude, merecem guarida em nível internacional (1999: 73).<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Segundo a rica jurisprudência que se desenvolveu sobre o tema nos EUA, a zona de responsabilidade individual por crimes de guerra se estenderia para além dos principais autores e líderes estatais, abarcando figuras secundárias que voluntariamente participaram na realização de tais crimes com conhecimento da extensão de suas ações. Isto seria sobremaneira importante para aqueles indivíduos que estivessem próximos dos centros de poder, tal como os encarregados das ordens militares ou importantes industriais, não impedindo, entretanto, sua extensão aos civis. A questão é que, no que tange aos primeiros, a desobediência se justificaria plenamente como um modo de extinguir sua cumplicidade, tornando-os livres das possíveis responsabilidades correspondentes segundo os princípios de Nuremberg.

Importante caso ocorrido nos EUA foi aquele conhecido como *Pentagon Papers* (*United States V. Russo*, n. 9373 (C. D. Cal. Dec. 29, 1971), no qual Daniel Ellsberg e Anthony Russo foram acusados de revelar à opinião pública grande parte do

Assim, como ponto mais relevante da contribuição trazida pela evolução do Direito Internacional no século XX, encontra-se a tendência dos direitos fundamentais a alcançarem sua proteção também na esfera internacional, traduzindo, em ampla medida, o nível de universalização do consenso racional que se pretende atingir em nossos dias. Temos aqui superada a tese positivista de que a continuidade no Direito pode ser alicerçada em bases meramente formais. As diretivas de Nuremberg, bem como os desenvolvimentos teóricos posteriores vêm a demonstrar a intrínseca implicação entre Direitos Fundamentais e Democracia, bem como que a legitimação do Direito contemporâneo não pode nunca se estabelecer sem a devida atenção a estes dois vetores do discurso jurídico.

## 6. LIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E DA TEORIA DO DISCURSO

O Direito há muito insiste na tentativa vã de que por meio de mais e mais dogmática interpretativa ter-se-á maior efetividade do Direito,

---

conteúdo dos chamados *Pentagon Papers*, relativos à guerra do Vietnã. Quando as acusações foram retiradas, os acusados já haviam preparado uma defesa baseada nos princípios de Nuremberg (a *Nuremberg defense*). Sustentar-se-ia que os acusados, como membros próximos aos centros de poder, teriam revelado o conteúdo de tais “Papéis do Pentágono” a respeito da guerra do Vietnã visando desfazer a cumplicidade que poderia sobrevir-lhes em um ato que, como a guerra do Vietnã, constituía uma violação do Direito Internacional por parte dos EUA. Ademais, com tal conduta os acusados estariam contribuindo para debelar a prática de atos tão atroz quanto aqueles que estavam sendo cometidos no Vietnã. (WHITEHEAD, 1991: 106 *et seq.*) Ademais, um campo em que tem sido utilizada a *Nuremberg defense*, apesar de ainda longe da unanimidade na consagração da jurisprudência norte-americana é o que diz respeito às manifestações de oposição aos armamentos nucleares e outras situações nas quais os desobedientes se voltam contra o combate militar. Tendo em vista que a *Nuremberg Charter* declara a planificação, preparação, iniciação ou realização de uma guerra de agressão como crimes internacionais contrários à paz, e sabendo-se que o armamento nuclear tem a característica de ser mais agressivo que defensivo, a manufatura de armamentos nucleares e a preparação de outras atividades a ele referentes constituiriam atos de preparação de uma guerra de agressão violadora da *Nuremberg Charter* e de normas do Direito Internacional Público, consagradas, por exemplo, na Carta das Nações Unidas. Assim, as ações de indivíduos interferindo na produção de armamentos nucleares deixaria de ser penalmente culpável, tendo em vista evitar a violação a uma norma superior (SNEE, 1982: 995-999).

melhores decisões. Todavia, a aplicação do Direito de forma metodificada implica a manutenção do que Tércio Sampaio Ferraz Jr. denomina “*mistério divino do Direito*”, remetendo ao “*princípio de uma autoridade eterna fora do tempo e mistificante, conforme as exigências dos mecanismos de controle burocrático num contexto centralista*” (FERRAZ JR, 1998:178). Conforme aduz Streck, a dogmática interpretativa não consegue atender às especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa na qual o crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social reclamam novas posturas dos operadores jurídicos (STRECK, 2003:17).

É que, como acentua Marcelo Gallupo, a organização e a conformação jurídica do dissenso, do pluralismo, consubstanciado inclusive na Constituição Federal de 1988, depõe em desfavor de um pensar pronto e acabado acerca das regras jurídicas (GALLUPO, 2001:59). Nesse sentido, a ideia de um sistema fechado mantido pelas técnicas interpretativas é refratária ao Estado Democrático de Direito, mesmo porque a ideia de se monopolizar o objeto do conhecimento, de representá-lo como ele realmente é em si mesmo exprime o desejo de adquirir o poder do objeto, o poder de dizer a norma. Exige-se, no contexto do Estado Democrático de Direito, um pensar problematizante no qual a ideia de um sistema fechado, rigoroso e prévio seja afastada em prol de um uma reconstrução dialógica que reivindica sempre a atenção e o cuidado para com o caso concreto.

Pela teoria hermenêutica de Gadamer a questão interpretativa deixa de colocar-se enquanto um problema metodológico, ou de simples técnica, para ser um problema filosófico, à medida que a interpretação não é concebida como um meio de conhecer, mas como um modo de ser. Na obra *Verdade e Método*, Gadamer expõe uma nova teoria da experiência hermenêutica que vai além da tradicional concepção que a equipara a uma metodologia científica. A hermenêutica deixa de ser um método para tornar-se uma ontologia, o “modo de ser do homem”, o modo de “compreender”, desvalorizando, dessa maneira, a teoria positivista. Assim, acentua Lênio Streck:

A passagem de (e/ou o rompimento com) um modelo de interpretação do Direito de cunho objetivista, (...), que trabalha com a possibilidade da busca de conceitos ensimesmados das palavras

da lei, feitas por um sujeito cognoscente mergulhado nos confins do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, começa a ser desfeita a partir dos aportes da semiótica, em sua matriz pragmática e da hermenêutica filosófica com a hermenêutica antirreprodutiva de Gadamer, pela qual se passa da percepção à compreensão (STRECK, 2003:174).

Considerando o giro hermenêutico operado por Gadamer, o intérprete passa a ser produto da linguagem que envolve a dimensão da historicidade e da vida. Neste sentido, pertinentes são as considerações de Souza Cruz ao explicar que, como fruto da linguagem social o “*magistrado deve deixar de contar apenas consigo mesmo (ou com o consolo de que sua decisão, em caso de erro, poderá ser revista pelo tribunal/instância superior)*” (SOUZA CRUZ, 2001:232). Como fruto da linguagem social o magistrado conta com todos os seus preconceitos desde suas mais remotas experiências (conscientes ou não), de sua formação humana e jurídica, até os elementos probatórios que se deram no curso regular do processo, como também e fundamentalmente com a argumentação das partes. A compreensão do juiz não se dá em solidão, ou seja, não pode ser solipsista, pois ocorre num processo jurisdicional em que são precípuos o contraditório e a ampla defesa. Tanto o autor quanto o réu ao se manifestarem no processo em simétrica paridade participam na interpretação-compreensão-aplicação (lembrando que não constituem momentos distintos) da lei expressa no provimento final do juiz. Portanto, no momento de produção do provimento jurisdicional, as partes, o dito e o contraditado, já aportam para o provimento jurisdicional uma série de pré-compreensões que densificam a possibilidade de sentido normativo para muito além de uma suposta moldura.

Aqui se descortina uma das contribuições mais importantes da hermenêutica para a superação do modelo positivista. É que, a partir de tal colocação, teremos aberta a possibilidade de que a aplicação do Direito possa ser vista também em uma dinâmica de inovação, e não de mera continuidade supostamente linear para com o passado. Se interpretar é aplicar, e o processo de interpretação dá-se sempre em uma dimensão construtiva, o jurista passa a ser permanentemente convocado a enfrentar o novo nos meandros de cada caso concreto.



Não se trata, porém, do novo decorrente das criações legislativas, mas o decorrente da busca pela correta resposta a cada questão jurídica historicamente levantada.

Também não podemos deixar de considerar a contribuição da teoria do discurso ao trazer o conceito de reconstrução como elemento chave da interpretação e aplicação do Direito. Neste sentido, Günther (2003) afirma que a metáfora do olhar é provavelmente uma das mais citadas na teoria do Direito, e que ela significa que no momento do discurso de aplicação normativa é preciso considerar todas as características relevantes da situação para a construção de uma decisão justa. Contudo, Günther aponta que quase todos os critérios para uma decisão justa levam ao contexto do pano de fundo confeccionado pela tradição e das ideologias jurídicas que funcionam como um tipo de “pré-compreensão” para a escolha de uma norma em face do caso concreto. Essa pré-compreensão reside na interpretação de normas, justificações, pre-conceitos que, de alguma maneira, são ordenados de forma coerente. E é a partir daí que realizamos nossa escolha quando procuramos uma norma relevante para a solução de um caso concreto.

Contudo, para Günther, o Direito só pode pretender legitimidade se for o resultado de procedimentos abertos a temas, contribuições e razões apresentadas pelos indivíduos afetados e que fazem, dessa forma, com que o Ordenamento Jurídico possa ser tomado como o resultado da autolegislação dos co-associados jurídicos. Portanto, exige-se que a argumentação jurídica seja colocada em contextos paradigmáticos que estão abertos à crítica tanto quanto recobram justificação quando da aplicação normativa. É imprescindível, assim, impedir que os paradigmas se imunizem contra novas interpretações da situação. E, repetindo a releitura feita por Heinrich Heine, Günther retoma a metáfora do olhar nos seguintes termos: é importante não deixar que as idas e vindas do olhar da premissa maior da razão em face dos estados de coisas não se enfraqueça e não encontre nunca seu repouso definitivo. (GÜNTHER, 2003)

A exigência de fundamentação racionalmente articulada, posta pelos indivíduos pós-tradicionais, não pode mais se assegurar simplesmente por meio de um recurso a *topoi* historicamente validados. Na medida em que podemos criar novas e diferentes expectativas em



relação ao futuro presente, também instituímos a possibilidade de redefinir a forma como interpretamos o nosso *espaço de experiência* que traz para a dimensão do agora o nosso tempo pretérito. Então, podemos reinterpretar o nosso próprio passado e desejar não repeti-lo ou readaptá-lo para os novos tempos. Nós podemos, criticamente, abandonar modelos antigos e desenvolver novas visões de mundo, exatamente na medida em que as imagens antigas podem falhar diante da experiência. Assim, constatamos que o *espaço de experiência* é também o espaço da aprendizagem, onde é possível corrigir os erros e interromper a simples reprodução da história, mediante a faculdade que temos de sobre ela refletir.

## 7. CONCLUSÃO

O caráter potencialmente problemático e paradoxal do Direito moderno pode permanecer oculto sobre o véu sistemático-formal que lhe pretendeu atribuir a roupagem do Direito positivo na interpretação conferida pelas escolas positivistas. No intuito de elevar e valorizar a segurança jurídica, o positivismo terminou por obscurecer alguns caracteres conformadores do fenômeno jurídico, entre os quais se podem destacar, com soberana evidência, os fenômenos da mudança e da ruptura. De fato, nada pode parecer mais próximo e mesmo visceral ao Direito moderno que a ideia de ruptura de feições mesmo revolucionárias. Sua força e viabilidade em muito devem ao legado das grandes revoluções que, a partir do século XVI sobre o Ocidente se implementaram. Dentre tais revoluções pudemos verificar, nos traços da Revolução Francesa, esboço de síntese de tantos dos elementos cardeais que nutriram as ideologias conformadoras do novo Direito.

A mais pungente e transformadora de todas parece ter sido a que pretendeu instituir o discurso da continuidade como um apanágio da Ordem Jurídica que então se instaurava. Tinha-se ali presente um conceito que pretendia encobrir ou resignificar a trama das evoluções (históricas, científicas ou racionais) sob o manto de uma imutabilidade jurídica capaz de assegurar orientação e significado à fragmentação que marca a complexidade das relações sociais recém-instituídas. Trata-se de um discurso que ataca todo o provisório e transitório sob o signo da segurança, e que induz à crença na impossibilidade do novo,

por manter o ponto de sustentação do Direito sobre uma validade de dimensões normativo-formais.

Pudemos aqui constatar, a partir da análise de um dos seus mais destacados representantes, como o discurso do positivismo jurídico veio a velar o discurso das mobilidades históricas sob o manto de uma forma que se pretendia neutra e a-histórica. Assim, o que a ideia de unidade do ordenamento jurídico encobre (ou encobria) era também a possibilidade de correto trato e absorção do pluralismo, compreendido como a aceitabilidade de valores, objetivos e ideologias antitéticos no meio histórico-social.

O esvaziamento do Direito por meio da forma pôde certamente abrir portas para a afirmação da violência no e a partir do discurso jurídico. O formalismo revela-se como uma tentativa de, a uma só tempo, compatibilizar o Direito com os processos de reforma e mudança exigidos pela transformação social, mantendo-se o pressuposto de idêntica fundamentação. Revela-se uma forma de garantir flexibilidade ao Direito, aos custos, porém, de trazer inerente a trivialização de toda mudança. É que se tudo muda ou tudo se pode mudar, então nada em verdade muda, e a expectativa de perene mudança faz-se a afirmação da própria incerteza quanto a possibilidade do novo instaurada na consciência social. Trata-se de uma faceta que pode revelar uma espécie de tolerância vazia, por não trazer consigo o reconhecimento da diferença presente em meio às questões políticas, morais, religiosas e ideológicas que possuem ou pretendem uma roupagem jurídica.

Mostramos, por fim, que o movimento pós-positivista, ao assumir o pluralismo e a importância da aplicação na configuração das normas jurídicas, bem como ao situar a legitimidade do Direito nos processos de articulação da linguagem, abre-se mais ao novo e, portanto, melhor dialetiza os vetores da continuidade e ruptura. Esta, mesmo que não mais se apresente com as cores e feições da revolução, guarda com ela o ponto comum de apresentar-se como a possibilidade da escolha de que o Direito de hoje, e de amanhã, não se situe como uma simples continuidade com relação ao passado.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO JR., José Alfredo de O. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BERMAN, Harold. *Law and revolution II*. Cambridge: Harvard University, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al. 10. ed. Brasília: UnB, 1997. 2v.

CANÊDO, Carlos Augusto. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DINIZ, Artur J. V. *Novos paradigmas em direito internacional público*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O legado da revolução. *Síntese*, Belo Horizonte, v. 16, n. 47, p. 5-11, set./dez. 1989.

\_\_\_\_\_. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo, SP: Max Limonad, 1998.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GÜNTER, Klaus. *Justificação e aplicação universalistas da norma no direito e na moral*. Trad. de José Emilio Medauar Ommati. Mimeog. Agosto/2003.

KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. Trad. Florencio Acosta. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

\_\_\_\_\_. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Trad. J. Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KOUBI, Geneviève. *Continuité en droit*. Remarques éparses. Disponível em: <<http://www.koubi.fr/>>. Acesso em: dez. 2009.

MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: FDUFG, 1984.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. A leitura hegeliana da revolução francesa. *Síntese*, Belo Horizonte, v. 18, p. 73-88, jan./mar. 1991.

PASSERIN D'ENTREVES, A. Legitimidad y resistencia. *Sistema*, v. 13, p. 27-34, 1976.

\_\_\_\_\_. *Obbedienza e resistenza in una società democratica e altri saggi*. Milano: Ed. di Comunità, 1970.

PAULSON, Stanley L. La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica. Trad. José García Añón. *Doxa*, n. 9, p. 173-187, 1991.

SNEE, Bryant. The Nuremberg principles of individual responsibility as applied in United States Courts. *Saint Louis University Law Journal*, v. 25, n. 4, p. 891-913, out. 1982.

SORIANO, Ramón. *La desobediencia civil*. Barcelona: PPU, 1991.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Processo Constitucional e a efetividade dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise - uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TOCQUEVILLE, C. Alexis H. de. *L'ancien régime et la révolution*. Paris: Flammarion, 1988.

WHITEHEAD, J. Protest and resistance: civil disobedience in the 1990s. *Washington and Lee Law Review*, v. 48, n. 1, p. 1-253, 1991.