

# 2

## DESOBEDIÊNCIA CIVIL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

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

### RESUMO

A ideia de resistência à ordem ou ao direito posto acompanha a própria evolução histórica humana, fazendo-se presente em todas as eras. Na realidade, como afirmava Oscar Wilde, “ali onde há um homem que exerce a autoridade, ali há também um homem que resiste à mesma”. Inserindo-se no amplo tema da resistência, encontra-se a temática da desobediência civil como uma de suas manifestações mais importantes, a qual constitui objeto de nosso trabalho. Trata-se de um dos temas mais ricos e polêmicos do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito, e por seu intermédio faz-se possível o estudo e a crítica de alguns dos mais caros institutos de Direito. A desobediência civil revela-se uma espécie de resistência ao direito, perpetrada por motivos de justiça, traduzindo-se em uma forma de participação não convencional na produção do direito – posto que juridicamente não regulamentada –, visando extirpar algum tipo de injustiça na atuação, ou na omissão, da autoridade estatal. A desobediência civil apresenta-se como instituto suscetível de ser analisado de diversas perspectivas. Nosso trabalho fixar-se-á em uma abordagem jurídica da desobediência civil, sem, no entanto, renunciar ao auxílio de outros

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor dos cursos de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). *Visiting Scholar* da University of California, Berkeley (EUA). Juiz do TJMMG.

ramos do conhecimento humano, a fim de que possamos estabelecer a exata fundamentação, bem como os contornos do instituto.

**Palavras-chave:** Resistência. Desobediência civil. Obrigação política. Legitimidade. Direito fundamental.

### ABSTRACT

The idea of resistance to the Law and the order is present in all human history. In fact, as Oscar Wilde said, “where there is a man who exercises authority, there’s also a man who resists it.” Intrinsically connected to the broad theme of resistance, civil disobedience is one of its most important manifestations, and it is the subject of this paper. It is one of the richest and most controversial themes of Constitutional Law and of Philosophy of Law, through which it is possible the study and critique of some of the most traditional legal institutes. Civil disobedience is a model of resistance to law perpetrated for reasons of justice, resulting in a form of unconventional participation in the production of law - since legally unregulated - aimed to extirpate some kind of injustice in the action or the omission from the state authority. Civil disobedience is a subject which can be analyzed from different perspectives. Our paper aims to develop a legal approach to civil disobedience, always counting with the contributions brought by the other fields of human knowledge.

**Keywords:** Resistance. Civil disobedience. Political obligation. Legitimacy. Fundamental right.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A pretensão à legitimidade da desobediência civil. 3. Desobediência civil e Estado Constitucional Democrático. 3.1 A desobediência civil e a regra de respeito à minoria. 4. A configuração jurídica da desobediência civil. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A ideia de resistência à ordem ou ao direito posto acompanha a própria evolução histórica humana, fazendo-se presente em todas as eras. Como poeticamente ressalta Márcio Túlio Viana (1996, p. 23), resiste-se a tudo,

resiste-se lutando – e até fugindo. Resiste-se com tiros, palavras, espadas, poemas, pancadas, subornos, prisões, greves, canções, pedras, sentenças, bombas, *terror*, *lock-outs*, *boicotes*, *espiões*, *traições*, *discursos*, *recursos*, *ameaças*, *trapaças*. Até com lágrimas se resiste [...] Resiste-se à guerra e à paz, ao amor e ao ódio, à doença e à dor, ao cansaço e ao sono, ao novo e ao velho, ao bandido e à polícia, ao trabalho e ao baralho, à mentira e à verdade, à procura e ao encontro, ao pecado e a Deus, ao fogo e à água, ao azar e à sorte, à morte e à vida, ao medo e por medo.

A desobediência civil, objeto do presente estudo, apresenta-se como uma espécie de resistência ao direito perpetrada por motivos de justiça, traduzindo-se em uma forma de participação não convencional na produção do direito – posto que juridicamente não regulamentada – visando extirpar algum tipo de injustiça na atuação da autoridade estatal. Suscetível de ser analisada de diversas perspectivas, múltiplos têm sido os enfoques dados pelos estudiosos que se debruçam sobre o tema: sociológico, político moral etc.

Nosso trabalho fixar-se-á em uma abordagem da desobediência civil sob o enfoque jurídico, a fim demonstrá-la como instituto não apenas aceitável, mas deveras imprescindível no quadro do Estado Constitucional Democrático, devendo, pois, ser tratado como seu componente legítimo, já que sustentado nos próprios princípios de justiça que o estruturam e o modelam. Sua fundamentação e justificação fazem-se, assim, segundo pensamos, rigorosamente inserida no universo do Direito, sustentando-se não em crises ou momentos apoteóticos vivenciados pelas sociedades, mas na normalidade institucional que acompanha a ordem no Estado Democrático, a qual, porém, faz-se sempre em meio à dialética das injustiças, desvios e arbitrariedades possíveis e passíveis de superação no transcurso da vivência humana intersubjetiva.

## 2. A PRETENSÃO À LEGITIMIDADE DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

A classificação da conduta desobediente como *civil* pode ser feita segundo o critério formal que prescreve o termo *civil* como sinônimo de respeito à obrigação política. Todavia, a obrigação política configura-se, principalmente, como uma obrigação histórica, uma obrigação que exige, para a afirmação de sua existência, a definição

das condições e limites com os quais se determina, o que requer, por sua vez, a consideração acerca do contexto jurídico-político no qual ela se estabelece. Assim, deve-se primeiramente procurar demonstrar que essa obrigação não pode ser compreendida ou exigida da mesma maneira em um sistema constitucional-democrático que em um sistema pré-democrático ou pré-constitucional-democrático. Tal obrigação, se existente, não será jamais entendida da mesma forma por um cidadão alemão ou norte-americano do século XX que por um monarcômaco do século XVII ou por um “súdito” da Índia colonial britânica. Pretender seja diferente é correr o grave risco de manipular categorias irrealis sob o pórtico de conceitos *standard*, transformando-as em anacrônicas ou extemporâneas.

A obrigação política é a obrigação que o indivíduo deve ao Estado e que o Estado deve ao indivíduo, a qual pressupõe o compromisso de obediência a toda uma série de obrigações ulteriores derivadas, sem que seja necessariamente requerido um consenso prévio a cada caso. Pelo simples fato de pertencermos a um Estado, adquirimos uma obrigação de obediência a suas leis, sendo que apenas em uma sociedade livre e aberta pode-se, rigorosamente, falar de uma obrigação política. Como assevera Passerin D’Entreves (1976, p. 31-33), a liberdade é condição essencial da obrigação política.

Teremos, assim, a *obrigação política*, cujo objeto consiste em estabelecer as relações entre o Estado e seus cidadãos, e a *obrigação de obedecer à lei*, cuja essência reside em poder determinar quando e em que circunstâncias deve uma pessoa atuar em conformidade com os comportamentos socialmente regrados. Valendo-nos da lição de Ugartemendia (1999, *passim*), podemos afirmar que a obrigação de obedecer à lei é uma obrigação *prima facie*. O conceito de *prima facie* diz respeito à noção de obrigação propriamente dita, atual ou *sans phrase*. Diante desse tipo de obrigação, de caráter pleno ou perfeito, a obrigação *prima facie* apenas tende a ser uma obrigação.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Poder-se-ia referir aqui também à lição de Klaus Günther (1992, p. 283), segundo a qual, na situação de aplicação na qual se encontram todos os destinatários das normas jurídicas (*discursos de aplicação*), as normas válidas podem apenas portar o *status* de “razões *prima facie*” para a justificação dos enunciados normativos.

Trata-se de uma obrigação *prima facie* posto que, acima dela situa-se, no contexto do Estado Constitucional Democrático, a obrigação política que envolve, numa ligação bilateral atributiva, tanto o cidadão quanto o Estado. Tal obrigação política encontra-se fundada, sobretudo, na afirmação universal da *liberdade*, a qual é feita mediante a proteção fornecida pela Constituição democrática aos direitos fundamentais. Ora, esta é a base para a fundação de todos os demais direitos, atuando como um laço que permeia todas as regulamentações jurídicas, sendo portanto sempre um parâmetro a ser considerado para se afirmar sobre a justiça das prescrições de qualquer obrigação jurídica.

No âmbito do Estado Constitucional Democrático, o critério de delimitação da obrigação política e, portanto, do qualificativo *civil* de uma conduta é o que vem determinado pela Constituição Democrática. A conduta civil, desobediente ou não, é aquela acorde com os postulados e requisitos estabelecidos pela ordem constitucional democrática ou pelos princípios de justiça que a fundamentam. Isso porque a ordem constitucional democrática, gerada e estruturada sobre a Constituição Democrática, não consiste senão na juridicização procedimental e materialmente democrática da relação política “poder-sujeição” dirigida a racionalizar e a controlar a atuação do Poder Público, bem como assegurar a garantia dos direitos fundamentais de todos. Afinal, como sustenta Enterría (1988, p. 46-47),

a concepção de direitos fundamentais que asseguram o livre desenvolvimento dos cidadãos como pessoas singulares e solidárias e que por sua vez permitem a decisiva participação dos mesmos no funcionamento e controle do sistema político se convertera em um dogma universal, por mais que nem sempre, e nem sequer predominantemente, vá acompanhado de consequências efetivas. Documentos solenes internacionais (Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Assembleia-Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, e todos os Pactos e Convênios aplicativos e de desenvolvimento posteriores: Convênio Europeu para a proteção dos Direitos humanos e Liberdades fundamentais, de 1950; Declaração VII da Ata final de Helsinkí, de 1975, etc.), religiosos (Encíclicas da Igreja Católica como a *Pacem in Terris* de 1963, ou a *Redemptor Hominis* de 1979, declaração *Gaudium et Spes* do Conselho Vaticano II), culturais, etc., proclamam esta idéia como a verdadeira ética

universal de nosso tempo, quiçá o último resíduo ético irreduzível de uma civilização bem mais desmitificadora, senão nihilista. A Constituição é o primeiro dos instrumentos técnicos específicos a serviço de tais valores éticos substantivos.

Ao tomar em consideração uma Constituição democrática é ao núcleo essencial desta que se deve dedicar especial atenção, vale dizer, ao reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais, a vigência do princípio democrático e a submissão do poder público ao Direito (*rule of law*).<sup>3</sup> É a visão da Constituição democrática como zona de mediação e convergência entre a legitimidade democrática do poder político e afirmação de uma garantia mínima de justiça material.

Assim, a desobediência civil tem lugar em um quadro jurídico-institucional em que as obrigações jurídicas podem elas próprias deixar de ser acordantes ou congruentes com os princípios e valores que fundamentam a legitimidade do sistema jurídico-constitucional-democrático, bem como com os princípios e valores que fazem possível o projeto de juridicização da relação poder e liberdade sob o império do processo democrático. Apresenta-se como uma desobediência porque supõe a transgressão de normas jurídicas concretas do ordenamento positivo, mas configura-se também como *civil*, vale dizer, uma desobediência que se realiza tendo por fundamento os mesmos princípios e valores de legitimação do sistema jurídico-político, não sendo violadora da obrigação política cidadã de respeito a tais princípios. Como afirma Habermas (1988, p. 72-73), “a desobediência civil remete a princípios fundamentais que são os que servem para legitimar a mesma Constituição (Democrática)”.

Assim é que os desobedientes civis não apelam para a sua consciência moral senão para os princípios sustentadores do ordenamento jurídico-democrático, primacialmente para a Constituição democrática. Tal fundamentação principiológica cumpre um papel de correção e aperfeiçoamento do possível distanciamento

<sup>3</sup> O princípio do *Rule of Law* estende-se desde sua concepção clássica até a inclusão da regra de que nenhuma esfera da atuação do Estado deve escapar à submissão à Lei (império da lei como contrário à *raison d'Etat*), bem como ao princípio da transparência.

entre legalidade e legitimidade num sistema jurídico-democrático. Na análise de Cohen (1995, p. 588),

a desobediência civil invoca os princípios das democracias constitucionais, apelando à idéia dos direitos fundamentais ou da legitimidade democrática. A desobediência civil é, destarte, um meio para reafirmar o vínculo entre a sociedade civil e a política (ou entre a sociedade civil e a econômica), quando as tentativas legais de exercício de influência da primeira sobre a segunda tenham efetivamente falhado, tendo se esgotado outras vias.

Esta função legitimante cumprida pela desobediência civil, baseada não mais em um mero solipsismo moral, senão na remissão aos princípios e valores fundantes da própria ordem constitucional democrática e por ela reconhecidos, encontrar-se-á sempre fortalecida e ampliada, adotando-se uma concepção não hipostaziada ou não substancialista da Constituição: a Constituição como “Constituição aberta”, como garantia da alternância possível entre opostos.<sup>4</sup>

Assim revelada, temos que a desobediência civil não seria mais que uma forma de participação da coletividade de cidadãos, a partir dos próprios princípios que informam a legitimidade constitucional, na construção, abertura e defesa da Constituição Democrática. Como assevera Estévez Araújo (1994, p. 139-150), uma forma de participar da democracia, mas também, e fundamentalmente, uma forma democrática de participar. E participar daquilo sobre o qual repousa a essência do Estado Constitucional Democrático, qual seja, a justa participação nos bens do Estado, dentre os quais figura, com destacada proeminência, a *liberdade*, que, por sua vez, encontrar-se-á concretizada nos direitos fundamentais constitucionalmente declarados.

Como sustenta Arendt (1985, p. 12 *et seq.*), a primeira característica da desobediência civil no plano dos valores – do *para quê* ou da *legitimidade*, é o fato de ser ela um ato *consciente* e premeditado –

<sup>4</sup> A este respeito ver OTTO, I. *La constitución abierta*, p. 46; HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, *passim*; ELY, J. Hart. *Democracy and distrust*, *passim*; ENTERRÍA, E. García de. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *passim*; SCHNEIDER, H. P. *Democracia y constitución*, *passim*; LINDE PANIAGUA, E. *Constitución abierta*, *passim*; LUCAS VERDÚ, Pablo. *La constitución abierta y sus enemigos*, *passim*.

no plano do entendimento –, e *intencional* ou desejado, no plano da vontade. A visão quase maniqueísta que circunda a consciência humana de que o ato de obediência representa uma conduta “boa”, enquanto a desobediência representaria uma conduta “má”, encontra sua justificação na própria formação psicológica do homem. Diversos estudos já foram realizados procurando explicar como se tornou historicamente viável a obediência massiva ante um fenômeno tão bárbaro e condenável como a experiência histórica do nacional-socialismo e os campos de concentração vivenciados na Alemanha nas décadas de 1930-1940.

Segundo apontam os resultados desses estudos, a explicação de semelhantes eventos estaria na falta de sentido crítico que temos diante da autoridade, o qual termina por impedir uma reação consciente e voluntária no sentido de desobedecê-la. Contudo, o acatamento a mandamentos injustos não se encontra apenas em momentos de exceção da história humana, não faltando mesmo os que defendem que as estruturas sociais nas quais se baseava o fascismo não apenas não desapareceram, como na verdade se modernizaram e aumentaram ainda mais sua eficácia. Daí a necessidade pungente da liberdade, tanto fática quanto intelectual, a fim de que a potencialidade da divergência impeça o homem de retroceder novamente a processos de barbárie<sup>5</sup>.

Em um quadro de justificação moral da desobediência civil, esta seria o resultado de uma antinomia entre a autoridade e a razão, conquanto submeter-se à autoridade passa a ser incompatível com os ditames da razão. Há uma exigência de submissão por parte da autoridade, sendo que o que é requerido coloca-se como contrário à razão, levando a que a submissão à autoridade apresente-se como irracional. A autoridade exige, aí, que se atue de forma contrária à consciência moral, e, exigindo o abandono da autonomia moral, revela-se imoral.

Todavia, como argumenta Falcón y Tella (2001, p. 38),

o que ocorre com as razões de consciência é que ninguém pode nela penetrar para saber qual é na verdade o motivo da conduta antijurídica, tornando-se impossível distinguir entre a desobediência civil interessada e a altruísta. Ao final, tudo se reduz a uma questão de prova: como pode-se determinar objetivamente que

<sup>5</sup> A este respeito, vide análise feita por Falcón y Tella (2001, p. 31).

um ato foi realizado em consciência ou não?; pode averiguar-se de outra maneira que não a indagação ao indivíduo implicado? Ademais, nunca há um acordo total sobre nada, e o bom para uns é mal para outros. Basta pensar no tema da despenalização do aborto ou do consumo de drogas, ou em casos limites como o furto famélico, em determinadas condutas sexuais, no súdito alemão que recebe ordens do comando nazista de massacrar os prisioneiros de guerra, naquele crente ao qual a lei impede de praticar os rituais de seu culto. Outro inconveniente de usar a consciência como critério de legalidade é que tal princípio inevitavelmente projeta o sistema de valores de quem o propõe e rechaça as crenças igualmente sinceras dos demais. Por isto, para que a desobediência civil seja viável, é preciso que se aplique genérica e uniformemente, outorgando às distintas crenças individuais a mesma proteção.

Não se pode, pois, em um Estado Constitucional Democrático, pretender firmar juridicamente a justificação da desobediência civil com base na autonomia moral, posto que, como sustenta Rawls (1997, p. 412-418),

ao justificar a desobediência civil não se apela a princípios de moralidade ou a doutrinas religiosas, conquanto possam coincidir com as próprias pretensões e respaldá-las. [...] Ao contrário, invoca-se a concepção comum da justiça inerente à ordem política, especialmente a infração à igualdade de liberdades fundamentais.

### 3. DESOBEDIÊNCIA CIVIL E ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

A desobediência civil manifesta-se como uma conduta *prima facie* ilegal que tem em vista a defesa de valores fundamentais da ordem constitucional democrática, sustentadores da própria legitimidade do sistema, sem os quais ter-se-á perdido a própria racionalidade que se espera inerente a todo direito posto no contexto dos Estados Constitucionais Democráticos. Qual será, entretanto, a base jurídica para a fundamentação da desobediência civil? Ou, considerando de outra forma, quais serão os fundamentos do ordenamento constitucional democrático passíveis de viabilizar uma conduta desobediente civil?

A Constituição e todos o demais Direito em um Estado não são obras dadas, mas construídas, consequências concretas do consenso racional historicamente evolutivo que abarca toda a formação social ocidental, desde os tempos antigos até os nossos dias. Tendo-se que o Direito revela-se preestabelecido pela *ordem* imanente à sociedade de indivíduos, e se são os valores constituintes desta ordem que revelarão o nível do consenso ético intersubjetivo por eles atingido, toda concepção sobre o Direito e sobre a Justiça terá como matriz a própria *realidade*. Uma realidade que se revela justamente no quadro de valores – ideias tornadas princípios normativos–, que estabelecem programas fundantes da estrutura política e jurídica.

O marco dos Estados de Direito modernos, todavia, vem impingir profundos traços diferenciadores na conformação da realidade cultural da qual o direito emerge como um produto de destacada importância. É que a realidade político-jurídica se fará estabelecer sobre dois marcos fundamentais que revelam nítida mudança com relação à realidade cultural pré-moderna: primeiramente, a legitimidade do direito deixa de ser alienada, passando a se fundar no próprio homem, sendo este, então, o único paradigma válido para se afirmar a legitimidade ou a ilegitimidade do sistema, que tem no povo o seu autor exclusivo e será legítimo sempre que dele se origine e conte com sua contínua participação<sup>6</sup>. Ademais, no plano da legalidade, a declaração de direitos fundamentais, como universal, deve ser estendida e garantida a todos os homens, que serão iguais enquanto livres, sendo a liberdade o fundamento concreto da sua igualdade. Esta igualdade revelar-se-á como uma afirmação historicada – e portanto concreta – da possibilidade de juridicização dos diversos valores que conformam nossas sociedades pluralistas, num diálogo permanente com o tempo histórico que nos condiciona. É que a normatização democrática terá de ser feita diante da dialética do reconhecimento e abertura, não apenas para com os valores já afirmados (tornados normas), mas também

<sup>6</sup> Poder-se-ia mesmo dizer que o Estado Democrático é aquele que assume compromisso radical e insuprimível com a universalização do conceito de *cidadania*, se entendermos com Rosemiro Leal 2002, p. 151) que “*cidadania* é um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de *decisões*, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou”.

como abertura permanente para sua autoconstrução inclusiva tanto nos contextos procedimentais de *aplicação*, quanto de *justificação*.<sup>7</sup>

Ora, questão central na ordem dos Estados Constitucionais Democráticos será então aquela atinente à *regra de respeito à minoria*, base implícita de sustentação de toda esta ordem, sem a qual soçobra todo o edifício do constitucionalismo democrático. Assim sendo, inúmeras serão as garantias e instrumentos processuais instituídos visando à proteção dos interesses minoritários em face das deliberações das maiorias. Entendemos, todavia – e a história o tem demonstrado –, que em alguns momentos a regra de respeito à minoria resta ineficaz por não encontrar no sistema jurídico meio hábil a assegurar-lhe a proteção de seus interesses. Será justamente esta a base de justificação da desobediência civil, como uma garantia constitucional implícita de defesa da regra de respeito à minoria.

### 3. 1 A desobediência civil e a regra de respeito à minoria

O fenômeno do constitucionalismo moderno caminha de mãos dadas com a retomada do ideal democrático na modernidade, sendo ambos originados de fontes comuns, qual seja, a restrição de uma visão de mundo fundamentalista típica da Alta Idade Média – visão esta aniquiladora do princípio da livre escolha – e o retorno a uma realidade caracterizada por uma participação mais efetiva do cidadão no processo político. Assim é que o constitucionalismo apresenta-se como uma consequência da limitação histórica do poder dos reis em prol dos indivíduos – chegando a seu momento de culminância com

<sup>7</sup> Em profundo trabalho acadêmico acerca do princípio da igualdade, fundamentalmente na perspectiva habermasiana, ensina Marcelo Galuppo (2002, p. 206) que ao “garantir instrumentos para inclusão dos cidadãos nos discursos jurídicos, a ideia de um Sistema de Direitos como garantia e mesmo como substrato da legitimidade do Estado Democrático de Direito, que é essencialmente um Estado pluralista, revela a importância da igualdade para o paradigma procedimental do direito e da política presente na Ética do Discurso e na Teoria Discursiva do Direito. A liberdade da vontade e, sobretudo, a igualdade (no caso, igualdade formal e substancial de participação nos discursos de justificação e de aplicação de normas jurídicas) à medida que condicionam a realização da situação ideal de fala, são pressupostos da legitimidade das normas práticas produzidas ou aplicadas pela comunidade real de comunicação, sobretudo das suas normas jurídicas”.

a consagração concreta e universal dos direitos fundamentais – e a democracia moderna não é mais que a lenta evolução de uma maior autonomia individual que se inicia já no século XV.

Quando se fala de democracia, a referência há de ser sempre o mundo grego, sendo de notar que o ideal da democracia direta será sempre uma referência fundamental no transcurso das ideias políticas no Ocidente. Como salienta Henrique Cláudio de Lima Vaz (1985, p. 6), é sob a influência da polaridade consagrada desde a Antiguidade entre o ideal democrático e a democracia real que se desenvolveram tanto a filosofia política quanto a política como arte. O arbítrio despótico deverá ceder lugar à soberania da lei no governo da cidade, fazendo-se possível o exercício da própria razão política, que, como ensina Lima Vaz (1985, p.6), pode-se caracterizar tanto como discussão sobre a melhor forma de governo quanto como prática do *bios politikós*, da vida política como forma mais alta de convivência entre os homens.

Tanto a ideia de democracia como as condições da prática democrática delimitam um espaço pleno de significação de natureza essencialmente axiológica. Como valor, a vida política terá sua superioridade garantida não por meio do cálculo do útil ou do eficiente, mas sim em termos do bem mais perfeito, situando-se, pois, longe de uma mera escala mecanicista que coloca a política como jogo de forças. A filosofia política não deverá nunca deixar de ser vista como uma precisa hierarquia de fins, sendo que, como nota Lima Vaz (1985, p. 5),

aqui encontra seu fundamento a eminente dignidade ética do político, e não foi sem razão que Aristóteles articulou organicamente Ética e Política como ciências de uma *praxis* que se constitui, no seu desdobramento único, como *praxis* individual ou ética e *praxis* social ou política.

A superioridade da forma democrática da vida política só é pensável sob o espectro da própria essência ética do político, tomando-se o ético, com Lima Vaz (1985, p. 7), como o domínio da autorealização, da *autárqueia* ou da autopossessão de si do homem. Com efeito, a partir dessa essência é possível definir a superioridade do político sobre o despótico e, já na esfera do político, afirmar a superioridade

do sistema democrático sobre toda a demais esfera política. E, como destaca Lima Vaz (1985, p. 7),

a essência ética do político é reconhecida explicitamente quando se afirma a igualdade dos cidadãos perante a lei e a equidade da lei na sua regulação da vida do cidadão: *isonomia* (igualdade da lei para todos) e *eunomia* (equidade da lei), são os predicados que permitem à lei ou ao conjunto fundamental de leis (*politeia*) constituir-se no espaço propriamente político, ou espaço de realização humana dos indivíduos na cidade.

A democracia – como ideal e como prática – aprofunda necessariamente a essência ética do político ao definir em termos de liberdade participativa e responsável a resposta do cidadão à regulação da lei, definindo o corpo político na sua expressão simbólica fundamental como *ekklesia* dos *eleútheroi* – assembleia dos homens livres – que nela têm direito de participar, de falar e de decidir (LIMA VAZ, 1985, p. 7). A vivência da experiência democrática, de forma quase que imediatamente sucessiva à própria invenção grega do espaço político, e sendo ela caracterizada por uma democracia direta simbolizada na soberania da *ekklesia*, desvendou, de um lado, com cristalina evidência, a natureza ética da ação política. Por outro lado, tornou manifestas na participação democrática ou no exercício político da liberdade a radicalidade das suas exigências. Como ensina David Held (1987, p. 34),

na Grécia antiga, um cidadão era alguém que participava no ato de ‘distribuir’ julgamentos e ocupar cargos públicos. A cidadania significava a participação nos assuntos públicos. Esta definição clássica é notável em dois aspectos. Primeiro, ela sugere que os antigos gregos teriam considerado difícil localizar cidadãos nas democracias modernas, exceto, talvez, como representantes e ocupantes de cargos públicos. O âmbito limitado da política contemporânea para o envolvimento ativo teria sido considerado como antidemocrático. Segundo, a idéia de cidadania na Grécia clássica teria encontrado eco em poucas comunidades antes, durante ou depois de sua elaboração inicial. As democracias antigas são regimes bastante atípicos na história política da qual temos registros. A idéia de que os seres humanos deveriam ser cidadãos ativos em uma ordem política, cidadãos de seu Estado, e não meramente súditos cumpridores de seus deveres, teve poucos defensores desde as primeiras associações humanas até o início da Renascença e o fim do absolutismo.

É que, como salienta Lima Vaz (1985, p. 8), outras e infinitamente mais complexas são as condições em que a experiência democrática é retomada na esteira da formação dos Estados modernos. Como mostra Rosenfield, a democracia direta acaba capturada aí nas linhas de força do pensamento utópico, e as tentativas de efetivação histórica que a acompanham acabam por negá-la no paradoxo das “democracias populares”, que não são uma coisa nem outra, conquanto se apresentem caracterizadamente como ditaduras de um partido único que encarna a “utopia no poder”.

A retomada do ideal democrático na modernidade apresentar-se-á estreitamente ligada ao princípio da igualdade, seja pelo pensamento de origem liberal, seja na sua vertente socialista. Decorrente direta do princípio da igualdade, a *regra de decisão da maioria* passa a se inserir nos principais modelos democráticos do mundo como preceito verdadeiramente garantidor da afirmação concreta da essência da democracia, expressa admissão institucional da igualdade natural e aritmética entre os homens, base sustentadora de todo o sistema. Ora, se todos se põem como iguais em um quadro de total equivalência qualitativa natural, a direção política em uma sociedade, para ser democrática, nada mais deve buscar senão ser a tradução literal de uma vontade incontrolável e absolutamente soberana manifesta pelas maiorias.

Entretanto, como sabiamente adverte Lima Vaz (1985, p. 8-9),

se é verdade que a emergência histórica do ideal democrático revelou, no seu nível mais profundo, a essência ética do político, foi justamente a partir do problemático conceito de igualdade que se obscureceu a passagem da idéia à prática democrática e foi no terreno dessa passagem que o caminho da democracia no mundo moderno desviou-se pelos atalhos sombrios que desembocaram nas trevas do totalitarismo.

Uma vez tendo o liberalismo obtido vitória sobre o absolutismo do Estado, muitos pensadores liberais começaram a expressar temor pelo crescente poder do *demos*, centrando suas preocupações nas novas ameaças à liberdade, desta vez ventiladas pelo propalado governo da maioria, tendo em vista que a promessa democrática poderia ser minada pelo próprio povo, agindo em concerto contra as minorias. Assim, o próprio caráter democrático de um regime passa a residir,

em essência, no respeito às minorias, pela simples razão de que, como salienta Kelsen (1993, p. 69-70),

uma ditadura da maioria sobre a minoria não é possível, a longo prazo, pelo simples fato de que uma minoria, condenada a não exercer absolutamente influência alguma, acabará por renunciar à participação – apenas formal e por isso, para ela, sem valor e até danosa – na formação da vontade geral, privando, com isso, a maioria – que, por definição, não é possível sem a minoria – de seu próprio caráter de maioria.

Daí o recurso a outros instrumentos de decisões coletivas, como os *sistemas da proporcionalidade* e da *unanimidade* encontrados nas democracias parlamentares e sempre consagrados nos contextos em que os interesses em jogo são sobremaneira importantes e/ou potencialmente tão divergentes que têm de ser defendidos a qualquer custo, ou seja, mesmo à custa da interrupção do processo decisório.

Todavia, se em ambientes específicos como aqueles vivenciados por organismos coletivos internacionais tais procedimentos se revelam tanto teórica como concretamente aconselháveis, o mesmo não se pode dizer a respeito do processo de deliberação democrática nos Estados, haja vista a aproximação inevitável com o ideal da democracia direta, irrealizável no quadro das sociedades complexas de nossos dias.

O princípio básico estruturador das democracias tem sido, assim, o sistema majoritário, baseando-se na regra da maioria para a distribuição dos benefícios ou custos do processo decisório. Ele funciona quando, dentro do grupo que decide, a *metade mais um* dos membros tem a mesma preferência sobre a alternativa que deve ser escolhida como decisão vinculadora de todo o grupo, falando-se assim em maioria predominante ou hegemônica. É neste quadro que se torna pungente a questão das minorias.

Como assegura Held (1987, p. 175), “o valor do processo democrático está no governo das ‘múltiplas oposições minoritárias’, não no estabelecimento da ‘soberania da maioria’”. Contrariamente à noção de que a política democrática é, em última instância, guiada pelas elites em competição, parece estar ela verdadeiramente ancorada em um consenso sobre valores que estipula os parâmetros da vida política. Nesse sentido, Held (1987, p. 176) admite a existência de políticos ou

elites políticas que tiveram um profundo impacto na direção assumida por uma nação, contudo, sua força e importância só podem ser adequadamente compreendidas em relação à cultura política da nação da qual eles emergem e se apresentam como reflexos.

Assim, para uma construção racional da ideia de democracia, há que se estabelecer uma conceituação adequada da própria noção de igualdade, sendo que a primeira tarefa será a desmistificação da propalada “evidência” de que a noção de igualdade é constitutiva da ideia de democracia. Pois, como ensina Lima Vaz (1985, p. 8), “definida na sua verdadeira acepção, a igualdade é o pressuposto necessário mas não suficiente da ideia de democracia”.

Segundo Lima Vaz (1985, p. 9-10), as modernas teorias políticas, obedecendo à inspiração da “ideologia do individualismo” (Dumond), obscureceram esse problema ao operar fundamentalmente com a noção de igualdade quantitativa ou aritmética, resultante da comparação entre grandezas homogêneas que seriam os próprios indivíduos participantes do corpo político. Reduz-se, assim, os indivíduos a grandezas iguais, tais quais átomos movendo-se num espaço social isotrópico. O pressuposto mecanicista desse pensamento residiria na hipótese absolutamente incomprovada da igualdade natural entre os homens da qual resultaria a constituição da sociedade pelo pacto de associação entre iguais.

É que, como sustenta Lima Vaz (1985, p. 9),

a natureza é o domínio da *diferença* e, enquanto procedem da natureza, os homens se constituem em indivíduos pela particularidade das suas diferenças irreduzíveis. A única igualdade possível aqui é aquela que resulta da negação da diferença qualitativa: a igualdade abstrata do número. Mas, operando-se com esse modelo, a igualdade social só pode ser pensada como multidão de indivíduos isolados e mantidos num sistema social de natureza mecânica pela ação de uma força que age *ab extrinseco*. Basta que essa força se concentre nas mãos de um só e estará presente o modelo perfeito do sistema totalitário: todos são iguais porque todos são escravos.

O grande perigo, pois, inerente ao processo democrático é que a maioria possa assegurar todo o resultado decisório à custa da minoria. Em vez de ser um instrumento de composição pacífica de conflitos e interesses, a regra de decisão da maioria acaba por exasperá-los, ainda

que haja um respeito aos direitos formais das minorias. De fato, como sustenta Bobbio (1997, p. 310), para além do reconhecimento dos direitos formais das minorias existem benefícios fundamentais que só podem ser distribuídos com equidade se a regra majoritária funcionar com resultados “de soma positiva”, o que pressupõe que todos possam lucrar alguma coisa. Não é este o caso quando existe uma maioria hegemônica. Então, a decisão coletiva poderá ser “de soma zero”, no sentido de que uma parte ganha o que a outra perde.

Ademais, como destaca Dahl, o desrespeito à minoria pode advir não apenas da maioria estabelecida, mas também das próprias minorias existentes, que não possibilitam a formação de um consenso racional:

A questão no mundo real não é se uma maioria e, muito menos, ‘a’ maioria vai agir de forma tirânica por meio de procedimentos para impor sua vontade a uma (ou a) minoria. Ao invés disso, a questão mais relevante é a extensão em que as várias minorias em uma sociedade frustrarão as ambições umas das outras com a aceitação passiva ou indiferença de uma maioria de adultos, ou eleitores.

[...]

se há algo a ser dito a favor do processo que realmente distingue a democracia (ou poliarquia) da ditadura... a distinção chega (muito próxima)... de ser a diferença entre o governo de uma minoria e o governo de minorias. Comparado ao processo político de uma ditadura, as características da poliarquia grandemente estendem o número, tamanho e diversidade das minorias cujas preferências influenciarão o resultado das decisões governamentais. (HELD, 1987, p. 175)

#### 4. A CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Em uma perspectiva *formal-procedimental*, o respeito à minoria exige não só a plena possibilidade de participação constante no procedimento democrático, como a disponibilidade de todos os meios necessários para que possa a minoria de hoje converter-se futuramente na maioria estabelecida, que por sua vez será imediatamente alcançada pela perene possibilidade de mudança inerente ao processo democrático.

Todavia, a regra de respeito à minoria não pode ser considerada apenas sob a perspectiva *formal-procedimental*, como instrumento

que viabilize a participação das minorias nas decisões políticas, mas deve ser sempre vista também de uma perspectiva *substancial*, como igualdade na distribuição da liberdade, vale dizer, em igualdade na proteção a todos atribuída pelos direitos fundamentais. Isto se deve a que, na gênese do constitucionalismo e do Estado moderno se encontra um novo conceito do Direito como realidade concreta que aponta para a justiça.

Vale dizer, a Revolução Francesa veio propiciar o aparecimento de um novo vetor do justo para a ordem jurídica moderna, o qual deverá sempre partir da declaração dos valores universais – que informam a racionalidade imanente na sociedade – como também universalmente garantidos a todos e garantidos (universalmente) por todos. Conforme destaca Salgado (1998, p. 8-9), declaração, ato de decisão e efetivação, não mais mera consciência da juridicidade dos valores ou reconhecimento da sua juridicidade, mas de direitos, ou seja, declaração dos valores como direitos subjetivos fundamentais.

Assim é que Hegel reconhecerá na Revolução Francesa o momento histórico da realização da liberdade, objetiva e subjetiva, bem como do Direito nela fundado, posto que uma Constituição foi elaborada segundo o conceito do Direito. Nela, tudo encontrará seu fundamento. A vontade geral se estabelecerá como o universal que resulta da dissolução dos dois mundos da alienação: o afetivo e o da fé. Tem-se o processo de reconciliação do universal consigo mesmo, sendo esta unidade garantida pela razão, porque está na consciência e, ao mesmo tempo, no mundo objetivo como leis da natureza e leis éticas (SALGADO, 1996, p. 307-308).

Como ensina Salgado (1996, p. 311),

somente a Revolução tornou possível que o homem conduzisse a sua própria vida e fizesse livremente sua história, organizando racionalmente a vida por meio do direito racional, por *Hegel* considerado forma de realização da liberdade.

Na verdade, a partir da Revolução Francesa, a liberdade numa sociedade política tem uma forma de organização que lhe é própria: a ordem jurídica constitucional, pela qual as leis organizam a liberdade do povo. Esse duplo sentido da liberdade, o direito subjetivo (liberdade do sujeito) e a lei, é reconhecido por *Hegel* como conquista da Revolução.

A história dos direitos fundamentais se funde na própria história do Estado Constitucional, ambos advindos da limitação do poder e seu deslocamento do despotismo da nobreza – que buscava sua legitimação na vontade divina, ou numa escolha de “melhores” – para a vontade geral do povo.<sup>8</sup> Assim, a Constituição e a Declaração de Direitos devem ser vistos como realidades inseparáveis, como já destacava o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.<sup>9</sup> Os direitos fundamentais apresentam-se, assim, como a grande conquista da Revolução Francesa, instância de afirmação concreta da liberdade humana e de proteção cabal de sua dignidade. São prerrogativas que o avançar da história apresenta como sendo indispensáveis a uma vida humana digna e satisfatória, havendo uma dupla possibilidade de sua constatação: por um lado, como direitos, têm de compor o quadro das faculdades outorgadas na ordem jurídica pelo seu estatuto fundamental denominado Constituição; como valores, entretanto, encontram-se presentes independentemente de estarem ou não consagrados numa Constituição, vale dizer, são reivindicáveis, ainda que a Constituição seja avessa aos princípios incorporados à cultura e à consciência dos povos civilizados.

Nesse sentido, ensina Salgado (1986, p. 17) que:

O conceito de direitos fundamentais apresenta, pois, dois aspectos: a) no aspecto formal, como direitos propriamente ditos, são garantidos numa constituição como prerrogativas; b) no aspecto material, como valores, são pré-constitucionais, pois que produtos das culturas civilizadas, e determinam o conteúdo desses direitos nas constituições.

Ora, a conformação do Estado Constitucional Democrático dá-se não apenas pela declaração abstrata dos direitos fundamentais, mas sim por sua garantia concreta e universal. Vale dizer, não apenas por sua legitimidade referida ao povo, nem somente por seu conhecimento por parte de todos, mas também por sua extensão efetiva e paritária

<sup>8</sup> Para uma análise profunda e crítica da história dos direitos fundamentais vide Sampaio (2004).

<sup>9</sup> Segundo o art. 16 da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão: “Toda sociedade em que a garantia dos direitos individuais não for assegurada nem determinada a separação de poderes não terá Constituição”.

a todos os cidadãos, sendo que o próprio princípio de *igualdade* – base fundamental de sustentação desta ordem –, para se conformar à realidade do Estado Constitucional Democrático e não se perder no momento da abstração individual, deverá ser uma derivação da *liberdade*, no sentido de que todos são iguais como livres (igualdade em liberdade) (HEGEL).

Assim, para que a conformação dos Estados como Democráticos e Constitucionais se faça de forma racional, imprescindível que se façam a todos extensíveis as prerrogativas tradutoras do próprio conceito da liberdade, reveladoras da noção do justo, é dizer, que os direitos fundamentais sejam sempre a todos garantidos concretamente. Ademais, deve-se ter em vista que o modelo de democracia moderna trará sempre e necessariamente a pressuposição de uma convivência equitativa entre o funcionamento da regra majoritária – que atua com base numa certa forma de homogeneidade das preferências individuais – e a presença de grupos que não partilham uniformemente, em determinado momento, dos consensos racionais estabelecidos, reveladores do nível de homogeneidade pressuposto.

É que, nos Estados Constitucionais Democráticos, uma ordem jurídica justa passa ser a que declara com prioridade os direitos fundamentais, definindo, assim, o conteúdo da ideia de justiça. Estes serão o conteúdo da justiça material, e o cerne da obrigação política em torno da qual se estabelecerá toda a demais normatividade estatal. É que a racionalidade que define a justiça está em primeiro lugar na seleção de valores, considerando-se que tais valores contêm em si a dimensão da universalidade, vale dizer, que convalidam o interesse de todos, sendo, portanto, uma racionalidade material, de conteúdo e não apenas formal, isto é, deixada ao vago e indefinível critério de definir se tal conduta é ou não racional

Todavia, é de salientar que não se reduz com isto a importância do momento formal, mas apenas se constata que não lhe é dado, como ensina Salgado (1998, p. 8-9), definir a racionalidade material, por exemplo, se determinada conduta é racional ou não. O momento formal será, entretanto, responsável pela positivação de tais valores, vale dizer, pela decisão que declara esses valores como direitos. Será assim afirmadora de racionalidade positiva e não material, a qual já

vem definida pelo interesse universal e possibilidade de contemplação universal de todos. Será “uma racionalidade posta, ou uma universalidade posta, criada, por ato de vontade e não apenas reconhecida por ato intelectual” (SALGADO, 1998, p. 8-9).

O âmbito da *justiça formal*, pois, será caracterizado pela conformação da legitimidade com a própria legalidade declarada, enunciativa de normas que por sua vez são modeladoras do seu próprio fazer, havendo, ao lado das normas fundamentais, as garantias fundamentais, as regras processuais e as de organização postas em função desses princípios, sendo que os princípios ou direitos fundamentais declarados universalmente caracterizam o Estado de Direito e as regras de organização e procedimentais o Estado Democrático.

Entretanto, como ressalta Salgado (1998, p. 8-9)

na verdade, as regras de organização e de procedimento não são um posterior temporal, mas somente lógico. O ato de declaração dos direitos tem de observar pressupostos de organização (quem declara, se todos, se alguns, se representantes), e de procedimento (*como se declaram*). A precedência temporal não ocorre entre os direitos declarados e as regras de organização ou de procedimentos, mas entre a consciência dos valores e a declaração desses valores como direitos. Trata-se, portanto, de uma consciência jurídica bidimensional: *reconhecimento* da universalidade desses valores, universalidade material, de conteúdo, não já como valores simplesmente, porém como direitos de todos, exigíveis, e ato decisório *declarativo* desses direitos, que dá sua universalidade formal.

O conceito de *justo formal* no Estado Constitucional Democrático faz-se, pois, produto da articulação perfeita entre as esferas da legalidade e legitimidade, sendo que, se aquela consiste na enunciação de direitos através dos procedimentos sistematicamente previstos, a legitimidade advirá da relação da autoridade oponente dos direitos com a fonte final do poder, que por sua vez se fará também disciplinada por normas procedimentais, como: o princípio da origem do poder na vontade popular, a regra de decisão da maioria e a regra de respeito à minoria.

Entretanto, o Estado Constitucional Democrático trará, ao lado do conceito de *justo formal*, um aprimorado conceito de *justo material*, o qual demonstra o nível de evolução histórica obtido e institucionalizado na realidade concreta de tais Estados. Vale dizer que nele

teremos a superação do particularismo do “direito abstrato” (HEGEL) fragmentário e aviltante do liberalismo de primeira fase, bem como a ruptura com o formalismo estéril dos direitos que se passam a justificar pelo processo operacional de seu *modus faciendi* – que se faz tolerante ao totalitarismo –, isto é, em uma perspectiva exclusivamente procedimental que confunde legalidade e legitimidade,<sup>10</sup> alçando todos estes direitos a uma categoria essencialmente jurídico-política, por meio de uma articulação orgânica da sociedade e do Estado.

Esta articulação faz-se possível, como previa Hegel (1993, §§ 257-260), por meio do reconhecimento das normas morais como um dado imprescindível à existência do Estado. É que o Estado Constitucional Democrático será todo ele mediatizado pela racionalidade que permeia desde seus procedimentos regulatórios da produção normativa, até o conteúdo material dos seus direitos que se põem como concretização efetiva do consenso racional da sociedade, vale dizer, como momento de superação das contradições de tal sociedade, no momento em que tais direitos passam a existir apenas como direitos concretos e universais dentro do Estado. Ganha ele então os verdadeiros contornos de uma comunidade ética, espaço concreto da realização da liberdade de todos.

É diante deste quadro de consenso ético racional compartilhado – que deve então dizer respeito a todos os indivíduos –, que se observa a regra de respeito à minoria em toda sua extensão. Uma extensão que transcende de muito a mera esfera procedimental democrática, atingindo uma esfera axiológico-jurídica-positiva, a partir do momento

<sup>10</sup> Evidentemente, aqui não nos referimos ao procedimentalismo discursivo instaurado pela reviravolta linguístico-hermenêutica, o qual, a nosso ver, já pressupõe concessões mínimas à substancialidade, ao tratar das condições ideais de fala – lastreadas que estão em postulados de igualdade e liberdade e tolerância –, mas, sim, ao procedimentalismo do instrumentalismo formal, autossuficiente porque autorreferenciado, como o do positivismo kelseniano. Nesse sentido Habermas, nas *Tanner Lectures* reconhece que “a aplicação do direito cada vez menos se pode explicar sem fazer referência explícita aos fins políticos tanto quanto a uma fundamentação e consideração morais dos princípios.” (*Apud* GALUPPO, 2002, p. 161-162). Para uma visão esclarecedora sobre a importância Da Tolerância Na AutoCompreensão Do Estado Democrático De Direito, Vide Galuppo (2002) e Cittadino (1999).

em que se faz indispensável para garantir não apenas a participação procedimental democrática (dada pelo sistema), mas a própria manutenção do sistema democrático imbuído da racionalidade que lhe é inerente e imprescindível, sob pena de regredir ao formalismo inócuo já superado.

Assim, deve-se conceber a regra de respeito à minoria como um implícito do sistema constitucional democrático, base de sustentação da concretude do conceito de *justo racional* revelado no contexto de tal Estado. É que ela não apenas se apresenta como elemento constitutivo da dimensão da *universalidade*, que se revela impreterível para a afirmação da própria racionalidade do Direito, como se faz também garantidora de que a ordem jurídica não se erija apenas pela decisão da maioria, mas mediante o interesse concertado de todos, inclusive da minoria, cujo bem primeiro que pretende resguardar é a liberdade de cada indivíduo. É que o poder se legitima não mais simplesmente por sua emanção da vontade majoritária, senão porque essa mesma vontade está submetida à liberdade de todos concretizada no elenco dos direitos fundamentais.

Todavia, sabe-se possível a ruptura no quadro da justiça *formal* ou *material* do sistema, mediante a ordenação de normas que afetem seja a participação democrática de minorias, vale dizer, que estorvem o procedimento da democracia, seja a justa garantia universal que deve circundar os direitos fundamentais, impedindo a sua total extensão a indivíduos que, embora participantes da produção do consenso racional constitucionalmente estabelecido (cidadãos), têm de alguma forma denegada a participação nos efeitos plenos advindos de tais direitos.

Haverá, portanto, um conflito estabelecido dentro do sistema constitucional democrático, o qual não poderá restar insolucionado. Ora, a solução pode se encontrar – como na maioria das vezes se encontrará – já inserida em recursos aduzidos expressamente pelo sistema – que nos Estados contemporâneos vêm vultuosamente prescritos por seus respectivos ordenamentos. Todavia, em não havendo instrumento hábil à solução da violação da regra de respeito à minoria, persistindo a validade formal do ato normativo materialmente injusto, cujo conteúdo ou efeitos sejam afrontantes à plena aplicação dos direitos fundamentais às minorias, há de haver uma solução implícita decorrente do sistema. Tal solução será justamente a desobediência civil.

Não se pode, pois, aceitar a opinião daqueles que sustentam não ser possível compatibilizar a desobediência civil com a democracia, sob a pressuposição de que, ao fazê-lo, estar-se-ia colocando em cheque um dos fundamentos do próprio processo democrático, qual seja, a regra de decisão da maioria. Violar uma norma jurídica equivaleria, neste sentido, a substituir a regra de decisão da maioria pela regra da minoria, o que levaria a uma ruptura insanável do próprio “jogo” democrático.

Em verdade, o fato de que uma desobediência vulnere uma decisão majoritária não a torna conseqüentemente injustificável na democracia. Tal se poderia verificar quando da desobediência a uma norma materialmente tão injusta (violadora dos direitos fundamentais) – conquanto procedimentalmente democrática – que a desobediência faz-se mesmo necessária à manutenção do nível de racionalidade inerente à ordem democrática e como respeito à própria obrigação política legitimadora da normatividade do sistema.

Neste sentido, lúcida a lição de Arendt (1973, p. 111), para quem “uma regra da maioria sem restrições legais, isto é, uma democracia sem uma constituição, pode ser terrível na supressão dos direitos das minorias, e muito efetiva em sufocar as dissidências sem o uso da violência”. Nos Estados Constitucionais Democráticos contemporâneos, não cabe mais a sustentação da regra da decisão da maioria como princípio moral último, quanto menos pretender identificá-lo com a própria democracia.<sup>11</sup> Trata-se de um instrumento da democracia, não de sua essência. Assim, uma coisa é ir contra a democracia (o procedimento democrático), e outra, não exatamente idêntica, é desobedecer a uma decisão do Poder Público tomada em aplicação direta ou mediata da regra da maioria.

Afinal, como adverte Lima Vaz (1985, p. 10)

a grande ideia que preside ao advento histórico do político como advento do domínio da igualdade *reconhecida* é a idéia de justiça. Ela permite negar o particularismo arbitrário do poder despótico ao se constituir como regra universal de distribuição equitativa do primeiro e maior bem que é o direito ao reconhecimento.

<sup>11</sup> A propósito, vide Passerin D’entreves, (1970, p. 213 *et seq.*); Bobbio (1981, p. 43); La Torre (1995, p. 708 *et seq.*).

[...]

A igualdade política, por sua vez, pertence à essência do Estado de Direito. Mas, como se vê, não se trata da igualdade quantitativa dos indivíduos nivelados pela necessidade universal de satisfazer suas carências naturais. Com efeito, essa forma primeira e inferior de igualdade acaba concretizando-se historicamente na diferença *extrínseca* imposta pela relação de *dominação*. E é justamente a diferença extrínseca da dominação que é, em princípio, negada pela igualdade política. Essa suprassume dialeticamente as diferenças *intrínsecas* que caracterizam os indivíduos ou grupos sociais e os constitui sujeitos de direito, ou seja, os eleva à esfera propriamente política do universal reconhecimento.

Uma das diferenças entre a desobediência intrassistêmica (não anticonstitucional) e a contrassistêmica (revolucionária ou anticonstitucional) reside precisamente no fato de que, conquanto esta pretenda resolver o dissenso que separa minorias de maiorias mediante a desconsideração da regra de decisão da maioria, impondo em seu lugar o critério de decisão que mais lhe convenha, a desobediência intrassistêmica não o faz. Não se pode pretender ser o mesmo a desobedecer uma norma jurídica concreta aprovada pela maioria ou impor-lhe uma decisão a respeito, pois desobediência civil não significa desobedecer a uma norma jurídica que suprime a regra da maioria como fundamento da decisão jurídico-normativa.

O desobediente civil desobedece a uma decisão tomada pela maioria, mas nunca pretende impor seu critério através de formas alheias ao princípio da maioria. Assim, a desobediência civil é uma desobediência participativa e/ou denunciante no sentido de que se utiliza a “infração” como meio de *reconsideração* ou *retificação* de ato normativo revelador de clara injustiça contra a minoria (violador da obrigação política concernente no respeito aos direitos fundamentais). Todavia, a desobediência civil é realizada assumindo-se ou não se esquivando às sanções institucionalizadas pelo próprio ordenamento para coibir tal conduta desobediente. Tal aspecto é revelador da sua submissão ou respeito profundo para com a regra da decisão da maioria.

A desobediência civil apresenta-se, assim, como uma instância desmitificadora do método da decisão majoritária, possibilitando uma abordagem corretiva de qualquer uso ilimitado ou abusivo desse método. Funciona, pois, como um instrumento de repolitização do Estado

de Direito a ser utilizado pelas minorias políticas que passam a fazer um uso muito mais efetivo dos valores fundamentais incorporados nas instituições democráticas.

Assim, em uma acepção formal, a desobediência civil deve ser vista não mais como procedimento, ou não apenas mais um procedimento de busca de um uso *intensivo* das instituições democráticas, senão como o último garante da legitimidade do próprio Estado de Direito. Em uma acepção material, a desobediência civil tem o condão de asseverar que o princípio democrático é irredutível à regra de decisão da maioria, concorrendo, pois, para o aperfeiçoamento global da própria democracia material ou substancial, visando à afirmação radical do *justo material* do sistema constitucional democrático, mediante a garantia do justo cumprimento de todas as consequências advindas da universalidade inerente e essencial dos direitos fundamentais. É uma forma de participação democrática extrainstitucional, mas ao mesmo tempo intrassistêmica ou pró-sistêmica.

A desobediência civil revela-se, pois, imprescindível se quisermos realmente assumir, na sua integralidade e em todas as consequências a democracia como manifestação política de autonomia jurídica (autonormação). Pois, como assevera Rosemiro Leal (2002, p. 170)

o que vai designar a existência do *status* democrático de direito é a auto-abertura irrestrita a que o ordenamento jurídico se permite ao oferecer legalmente a todos o exercício da discursividade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigorante.

Todavia, ao nosso sentir, em uma sociedade regida por uma Constituição democrática, para ser civil, não pode a desobediência dirigir-se contra a ordem constitucional democrática, posto que tal ordem está baseada na juridificação democrática da relação “poder-sujeição”, em um consenso racional sobre a ideia e os princípios de justiça. Assim, o respeito aos direitos fundamentais e o estabelecimento de procedimentos jurisdicionais e outros mecanismos para sua garantia e implementação, bem como para o controle da atuação dos poderes públicos à luz de tais direitos e adstrito à supremacia do Direito, constituem fonte de legitimidade do sistema (=obrigação política).

A existência de um núcleo constitucional assim definido implica a não justificabilidade jurídica de qualquer desobediência que possa se dar em menoscabo da Democracia, dos direitos fundamentais e do *rule of law*, sendo que qualquer forma de desobediência, para se configurar como civil, deverá respeitar o núcleo constitucional desse sistema democrático.

Não se pode esquecer que na desobediência civil há sempre uma norma desobedecida, sendo, portanto, uma conduta ilícita, ao menos *prima facie*. Todavia, o órgão judicial encarregado de apreciar a antijuridicidade ou ilicitude, bem como sua justificação jurídica, considerará que dita conduta, apesar de apresentar-se como violadora de direito, está juridicamente protegida por um princípio fundamental do sistema democrático constitucional (regra de respeito à minoria) haja vista as circunstâncias inerentes ao caso concreto. Constata-se, pois, a existência de um conflito entre duas garantias jurídicas: aquela advinda de um princípio fundamental que atribui um direito – direito fundamental que o desobediente civil considera estar exercendo por intermédio de sua conduta – e a norma que limita ou restringe tal princípio – norma que protege outro bem jurídico ponderado pela decisão da maioria.

Poder-se-ia pretender que o conflito se resolvesse pela só constatação de um limite juridicamente (legalmente) estabelecido ao direito fundamental e à regra de respeito à minoria. Entretanto, a determinação de limites a tais princípios pelo legislador, em um sistema em que prevalece a regra das liberdades, é uma determinação apenas *prima facie* justificada, não uma determinação definitivamente justificada.

O conflito, portanto, só será definitivamente dirimido em sede jurisdicional, sendo aí onde se determinará, mediante oportuna e concreta *adequação normativa* dos bens jurídicos envolvidos, o que está de fato justificado no caso em questão: o exercício do direito fundamental ou a norma jurídica que o limite, protetora de um bem jurídico que lhe é contraposto. Assim, por se tratar de um princípio fundamental implícito no sistema constitucional democrático, vale dizer, a regra de respeito à minoria, a apreciação da desobediência civil deverá ficar a cargo da jurisdição constitucional, estabelecida em provimento jurisdicional procedimentalmente mediado pelo juiz constitucional.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> A temática do juiz constitucional encontra-se estreitamente vinculada ao surgimento da jurisdição constitucional, que, sob a perspectiva histórica, radica no fenômeno de transição do Estado legal para o Estado constitucional, no qual a

## 5. CONCLUSÃO

O Estado Constitucional Democrático apresenta-se como um momento de concretização da consciência histórica da liberdade, posto que o homem atinge aí não só a consciência da sua liberdade individual, mas, ao mesmo tempo, a consciência dessa mesma liberdade em todo ser humano, compreendendo que, por ser universal, deve ser realizada e garantida a todos e por todos. É um Estado que erige a liberdade como seu valor polar e a distribui equanimemente pela sociedade, nas múltiplas formas de participação e aproveitamento de todos os demais valores nele consagrados e objetivados.

Há, pois, uma nítida e racional vinculação do indivíduo às enunciações objetivas impostas pelo poder político, haja vista que um dos princípios cardiais do sistema é justamente o da origem do poder na vontade popular. Daí que a obrigação política no Estado Constitucional

---

ideia de uma supremacia hierárquica da Constituição a eleva à condição de medida de juridicidade do exercício do poder político. É um tema que remonta ao século XIX, quando, nos EUA, será pela primeira vez desenvolvida na prática a ideia do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Seu estabelecimento, todavia, não se fez de forma pacífica ou natural, isenta de debates, dúvidas ou questionamentos. Muito se discutiu – e ainda hoje são intensos os debates – acerca da possibilidade, natureza e limites da jurisdição constitucional. Entre as principais indagações que se fizeram e ainda se fazem presentes, Baracho (2000) destaca as seguintes: “Devem ser submetidas as deliberações do Legislativo, órgão representativo por excelência, às regras e princípios contidos na Constituição? Compete, realmente, ao Poder Judiciário, o encargo de decidir acerca da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público? Se há um órgão cuja função principal reside no controle da atividade dos poderes públicos, *quis custodiet ipsos custodes?*”). Questionamentos como estes estiveram, durante longo tempo, no centro de inúmeros debates no âmbito da teoria constitucional, fazendo-se notar com grande ênfase nos debates travados entre Hans Kelsen e Carl Schmitt na década de 1930, acerca do *guardião da Constituição*. Atualmente, no paradigma do Estado Democrático de Direito, urge ressaltar a enorme transformação operada no seio da teoria processual, que passa a descentralizar o eixo das decisões jurídicas da razão do julgador (*da mihi factum, dabo tibi ius*), alocando-o no espaço procedimental de uma razão discursiva, em que todos os destinatários do provimento jurisdicional far-se-ão autoconstrutores, em simétrica paridade, das diretivas normativas advindas do ordenamento Constitucional democrático. (Nesse sentido, as instigantes reflexões de Leal (2000) e Cattoni (2001).

Democrático adquire um perfil absolutamente distinto dos perfis das demais formações estatais históricas. Nele, a obrigação política é decorrência da própria autonomia humana, sendo esta, por sua vez, originária do universal reconhecimento da igualdade inerente a todos os homens, que se porão como iguais na medida da sua liberdade. A ordem jurídica dos Estados Constitucionais Democráticos se fará pela escolha e declaração de valores universais, os quais passarão a ser universalmente garantidos a todos como direitos.

A partir daí é que se pode auferir, entre tais valores objetivados, os direitos fundamentais que serão declarados, base para a fundamentação do justo material em tais Estados, vale dizer, a ordem jurídica justa será aquela que declara e garante com prioridade os direitos fundamentais. A legitimidade global da ordem estará, assim, afirmada à medida que se conforme com os ditames da Constituição democrática, a qual terá como núcleo fundamental (base da obrigação política) a declaração dos direitos fundamentais e a objetivação dos procedimentos para a convalidação da legalidade e a remissão constante e efetiva à fonte de legitimação advinda da vontade popular.

Todavia, a participação democrática em um Estado Constitucional não pode ser vista apenas como disponibilidade de meios procedimentais de participação nas deliberações políticas – que também o é –, mas, fundamentalmente, como extensão e garantia da liberdade, agora valor universal assegurado objetivamente pelo Estado, consubstanciada no elenco dos direitos fundamentais.

É nessa perspectiva que se compreende a regra de respeito à minoria em toda sua extensão, como um princípio fundamental implícito do sistema. Violar, portanto, a regra de respeito à minoria não é apenas criar estorvos à participação política desses indivíduos, mas atentar-se contra qualquer de seus direitos fundamentais. A violação dos direitos fundamentais deve ser, pois, amplamente protegida, posto que da sua garantia depende a própria ideia de justiça material no Estado, tendo os Estados modernos continuamente desenvolvido instrumentos de garantia e efetivação de tais direitos.

Todavia, faz-se sempre possível – e o correr da história o demonstra como bastante frequente –, que a lesão perpetrada pela lei contra direitos fundamentais remanesça sem a adequada proteção e reparação

pelos instrumentos previstos no sistema. Ora, a violação de um princípio fundamental do sistema constitucional democrático, consubstanciado na regra de respeito à minoria, deverá necessariamente ser solucionada, sob pena de comprometimento da racionalidade e da justiça imanente do sistema.

Assim é que se apresenta a desobediência civil como uma autêntica garantia constitucional implícita, tendo como escopo a proteção da regra de respeito à minoria, revelando-se como uma ação voltada contra norma válida e posta por autoridade legítima – daí seu caráter de ação *prima facie* ilegal –, mas que se apresenta como justa e legítima, posto que fundamentada na regra de respeito à minoria (legitimidade) e visando à proteção e à garantia final de direitos fundamentais (justiça). Esta a sua configuração jurídica.

## 6. REFERÊNCIAS

- ARENDDT, H. *Crisis of the republic*. Harmondsworth: Penguin, 1973.
- ARENDDT, H. *La disobbedienza civil e altri saggi*. Milano: Giuffrè, 1985.
- BARACHO, J. Alfredo de Oliveira. *Curso de processo constitucional: anotações*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Democrazia, maggioranza e minoranze*. Bologna: Il Mulino, 1981.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 10. ed. Brasília: UnB, 1997. 2v.
- CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- COHEN, C. *Civil Society and Political Theory*. Massachusetts; London: The MIT Press, Cambridge, 1995.
- ENTERRÍA, E. García de. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1988.
- ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta, 1994.
- FALCÓN Y TELLA, M. J. *La desobediencia civil*. Madrid: Macial Pons, 2001.

- GALUPPO, Marcelo. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 37, p. 303-312, 1992. Disponível em: <<http://www.doxa.com>>. Acesso em: 1º maio 2014.
- HABERMAS, J. Derecho y violencia: un trauma alemán. In: HABERMAS, J. *Ensayos Políticos*. Tradução de R. Garcia Cotarelo. 3. ed. Barcelona: Península, 1988.
- HEGEL, G. W. F. *Fundamentos de la filosofía del derecho*. Edição de K. H. Ilting e Tradução de Carlos Díaz. Madrid: Libertarias/Prodhufo, 1993.
- HELD, David. *Modelos de democracia*. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1987.
- KELSEN, H. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LA TORRE, M. Democrazia e tensioni. Rappresentaza, principio di maggioranza, dirittifondamentali. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Milano, n. 4, p. 700-739, 1995.
- LEAL, Rosemiro P. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LIMA VAZ, Henrique C. de. Democracia e sociedade. *Síntese: Nova Fase*. Belo Horizonte, n. 33, p. 5-14, 1985.
- PASSERIN D'ENTREVES, A. *Obbedienza e resistenza in una società democratica e altri saggi*. Milano: Ed. di Comunità, 1970.
- PASSERIN D'ENTREVES, A. Legitimidad y resistencia. *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, Madrid, n. 13, p. 27-34, 1976.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais e a Assembleia Constituinte. In: AMORIN, Edgar (Ed.) *Constituinte e Constituição*. Belo Horizonte: CONEX-UFMG, 1986, p. 9-41.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- SALGADO, Joaquim Carlos. Justiça e conflitos do sistema jurídico democrático. *Sino do Samuel – Jornal da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 41, p. 8-9, 1998.

SAMPAIO, José Adércio L. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

UGARTEMENDIA, J. I. *La desobediencia civil en el Estado Constitucional Democrático*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996.