

**APONTAMENTOS SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A
OBEDIÊNCIA À LEI**
**NOTES ABOUT THE DEMOCRATIC RULE-OF-LAW STATE AND THE
OBEDIENCE TO THE LAW**

Gryecos Attom Valente Loureiro

RESUMO

A lei é a exata medida do direito? Partindo desta indagação, o presente estudo propõe investigar, sob a lente de Aquino, Bobbio, Hobbes, Ihering, Kant, Kelsen, Montesquieu, Rawls e Rosseau, a medida na qual a obediência à lei se relaciona com o conceito de Estado Democrático de Direito. O exaurimento da inteligência destes pensadores não é o objeto deste estudo, até mesmo pela impossibilidade pragmática neste apertado estudo. O objetivo é deixar claro que mesmo considerando os defensores da necessidade de obediência incondicional da lei, como os que sustentam a superioridade do direito, será possível encontrar passagens em suas obras que legitimam interpretações múltiplas. Por outro lado, não se intenciona questionar a legitimidade da ordem jurídica constituída ou mesmo investigar hipóteses de insurgência popular em face do Estado, mas, tão somente, pensar sobre a existência de formas de realização do *direito* em sua plenitude. O foco do estudo é evidenciar a miríade de questionamentos que têm sua gênese nesta problemática. Nesta perspectiva, a Teoria Geral do Direito é o arcabouço científico no qual o presente trabalho fixa suas bases. Para o presente estudo, utiliza-se a metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema. Partindo-se do pressuposto de que existe um hiato entre o direito e a lei, e que o preenchimento deste vazio é medida necessária para o alcance de uma verdadeira segurança jurídica, “Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito e a Obediência à Lei” é um tema que se apresenta como de relevância para todo operador do direito.

Palavras-chave: Direito; Lei; Obediência.

ABSTRACT

The law is the exact extent of the right? On this question, this study proposes to investigate, under the lens of Aquino, Bobbio, Hobbes, Ihering, Kant, Kelsen, Montesquieu, Rousseau, and Rawls, the extent to which obedience to the law relates to the concept of democratic rule-of-law state. The depletion of the intelligence of these thinkers is not the object of this paper, because of the pragmatic impossibility of this tight study. The point here is that even considering the need for advocates of unconditional obedience of the law as those who maintain the superiority of the right, you can find passages in his works that legitimate multiple interpretations. On the other hand, does not intend to question the legitimacy of the legal order established or even investigate cases of popular insurgency against the state, but, only thinking about the application of the law in its fullness. The focus of the paper is to show

the myriad of questions that have their genesis in this problem. Accordingly, the General Theory of Law is the scientific framework in which this work fixed bases. For the present study, we use the methodology of literature consisting primarily of reading, book report and comparison of theories of the principal authors of the law dealing with this problem. Starting from the assumption that there is a gap between the right and the law, and that filling this void is a necessary for the achievement of a genuine legal certainty, "Notes about the democratic rule-of-law state and the obedience to the Law" is a theme which is presented as relevant to every operator of the law.

Keywords: Right; Law; Obedience.

1 Introdução

O presente estudo visa investigar a medida na qual a obediência à lei se relaciona com o conceito de Estado Democrático de Direito.

Por uma questão didática, as expressões *lei* e *direito* serão grafadas em minúsculo e itálico, para que fique evidente que são utilizadas pelo autor e não pelos estudiosos referenciados no trabalho.

Não se intenciona questionar a legitimidade da ordem jurídica constituída ou mesmo investigar hipóteses de insurgência popular em face do Estado, mas, tão somente, pensar sobre a existência, ou não, de formas de realização do *direito* em sua plenitude.

Sem a pretensão de esgotar o tema, e mesmo sem querer apresentar resposta definitiva, o foco do estudo é evidenciar a miríade de questionamentos que têm sua gênese nesta problemática. Nesta perspectiva, a Teoria Geral do Direito é o arcabouço científico no qual o presente trabalho fixa suas bases.

Propositalmente, os autores citados não o foram de acordo com a inteligência extraída do conjunto de sua obra e nem mesmo são apresentados vinculados às escolas de pensamento às quais se relacionavam ou foram rotulados. O anseio deste trabalho é evidenciar que a abertura do tema é de tal envergadura, que pontos isolados nos trabalhos destes autores podem conduzir a uma ou a outra direção.

No percurso desta investigação, serão abordados pontualmente alguns estudos de Aquino, Bobbio, Hobbes, Ihering, Kant, Kelsen, Montesquieu, Rawls e Rosseau, a fim de que o trabalho tenha solidez para alcançar o objetivo traçado.

2 Direito e Norma Jurídica

A complexidade ínsita ao mundo jurídico é de tal magnitude, que chegou a fazer com que Bobbio concluísse que a tentativa de dar uma resposta ao problema da definição do direito, estabelecendo uma espécie de prescrição, seria integralmente destinada ao fracasso.¹

O valor transcendental que o conceito de Estado Democrático de Direito possui no mundo contemporâneo, é de reconhecimento notório. Estabelecida esta premissa, de antemão impende pontuar que o presente estudo não pretende enveredar sobre os conceitos de direito, lei, Estado, entre outros aplicáveis aos diferentes sistemas existentes no orbe terrestre. Aqui nos bastará a compreensão advinda da inteligência produzida no mundo ocidental.²

No ordenamento brasileiro, o conceito ganha status constitucional, erigido ao patamar de princípio fundamental e apresentado como a forma de constituição de nossa República.³

Moraes esclarece que Estado Democrático de Direito significa a exigência de que o Estado seja regulado por leis democráticas, que existam eleições livres, periódicas, que neste processo eleitoral haja participação do povo, bem como seja regido pelo respeito às autoridades públicas e aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.⁴

Sendo o Estado, democrático e de direito, poder-se-ia concluir que toda a lei deveria ser respeitada sem questionamentos. Ora, em havendo a participação popular no processo de elaboração da lei e considerando que a submissão da República ao *direito* é um princípio fundamental, parece que esta seria a conclusão inexorável.

Ocorre que o Estado democrático não está submetido à *lei*, mas sim ao *direito* e, nesta perspectiva, é importante reconhecer a possibilidade – ainda que hipotética – de que a *lei* possa estar em conflito com o *direito*.

Avançando um pouco mais neste exercício imaginativo, poderíamos conceber a hipótese de que os mecanismos de controle de adequação da *lei* ao *direito*, jurisdicionais ou não, pudessem falhar, o que culminaria com a necessidade de que o próprio indivíduo, diante de uma situação lesiva concreta, tivesse que optar entre a obediência à *lei*, virando as costas para o *direito*, ou a conformidade com o *direito*, descumprindo a *lei*.

Em outras palavras, é possível imaginar, ainda que se considere o *direito* como o fundamento de validade da *lei*, que tanto no processo de elaboração da lei, quanto no processo

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2005, p.147.

² Sobre o entendimento destes *standards* no mundo oriental, em especial a China, ver RAMOS, Marcelo Maciel. *A invenção do direito pelo ocidente. Uma investigação face à experiência normativa da China*. disponível na internet: <<http://www.ufmg.br>>. Acesso em 09 de dezembro de 2011.

³ Brasil. Constituição. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:(...)

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas S/A, 2001, p.49.

hermenêutico haja dissociação entre um, o *direito*, e outro, a *lei*, ou seja, pode acontecer de que uma *lei*, diante de um caso concreto, promova injustiça, contrastando, ontologicamente, com o *direito*. E daí exsurge o questionamento matriz que conduz o presente trabalho: nesta situação deve-se obedecer à *lei* ou deve-se obedecer ao *direito*?

Em que pese o estudo das *fontes do direito* não estar absorvido pela limitada abrangência deste estudo, a inteligência de Bobbio sobre o assunto tem grande pertinência

A importância do problema das fontes do direito está no fato de que dele depende o estabelecimento da pertinência das normas, com que lidamos a um determinado ordenamento jurídico: tais normas lhe pertencem ou não, conforme derivem ou não dos fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção das suas normas. Formulado em outros termos, o problema das fontes do direito diz respeito à validade das normas jurídicas.⁵

A conclusão de Bobbio, no desenrolar do raciocínio acima descrito, é de viés eminentemente positivista, o que destoia do objeto deste trabalho. Como enunciado, o objetivo é de destacar as implicações desta proposição, estimulando mais o processo de investigação do que propriamente o desvelar de uma ou outra resposta.

Neste contexto, a citação do excerto pareceu adequada, na medida em que enuncia a problemática acerca do fundamento de validade da *lei*. Em não sendo reconhecida esta validade, seria legítimo descumpri-la? Essa a questão que se coloca.

Montesquieu já vislumbrava a possibilidade de uma lei perder a legitimidade, quando afirmava que em um Estado popular seria necessária a presença da *virtude* para que um governo se mantivesse ou sustentasse. Aliás, fixava na lei o último bastião à dar sustentação a um governo popular, na medida em que dizia que *quando em um governo popular as leis não são mais executadas, o Estado já estará perdido, pois isso só pode ser consequência da corrupção da república*.⁶

Ao esclarecer o que seria esta *virtude*, Montesquieu diz que

Em uma república, a virtude é uma coisa muito simples: é o amor pela república, é um sentimento e não uma série de conhecimentos[...] o amor à pátria leva à bondade dos costumes, e a bondade dos costumes, ao amor à pátria.⁷

À primeira vista, a sutileza do argumento pode sugerir um viés de pouca importância à *lei*. Todavia, quando exemplifica o ponto, Montesquieu traça um paralelo com o amor

⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p.161.

⁶ MONTESQUIEU, Barão de la Brède e de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.35. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

⁷ Idem, p.55.

externado pelos monges para com sua Ordem e, neste argumento, sustenta que este amor é focado justamente no que a Ordem tem de insuportável. Afirma que suas normas (as da Ordem) privam os monges de todas as coisas nas quais as paixões ordinárias se apóiam e seria precisamente daí a gênese das paixões pelas normas que os mortificam. Daí concluir que: *quanto mais austeras são essas normas, quanto mais elas impedem as suas inclinações, tanto mais força imprime àquelas que permite.*⁸

Como se pode perceber, quando Montesquieu se dedica a esclarecer o que seria e quais as conseqüências da *virtude* no Estado político, fica ainda mais evidente a carga de subjetividade impressa ao instituto.

Com efeito, à depender do ângulo de visada impresso pelo intérprete, poder-se-á afirmar tanto que a *lei* pode ser descumprida para prestigiar o *direito*, quanto o contrário. Ora, por este pensamento, a *lei* ou o *direito* prevaleceriam, à depender do local onde a *virtude* ou a paixão guardassem moradia.

A mera enunciação deste dilema hipotético já é suficiente para instigar a curiosidade e permite, em alguma medida, antever as implicações de se optar por uma ou outra ação.

3 Obediência à lei

Refinando o argumento daqueles que consideram que o respeito incondicional ao comando legal é necessário, pode-se dizer que esta obediência se constitui no próprio exercício, no prestígio, ao conceito de Estado Democrático de Direito.

A racionalidade de Aquino aponta na direção de concluir que a lei e o direito se confundem, sendo a obediência à lei, portanto, mera efetivação do direito

A lei propriamente, por primeiro e principalmente, visa a ordenação ao bem comum. Ordenar, porém, algo para o bem comum é ou de toda a multidão ou de alguém que faz as vezes de toda a multidão. E assim constituir a lei ou pertence a toda a multidão, ou pertence à pessoa pública que tem o cuidado de toda a multidão. Porque em todas as coisas ordenar para o fim é daquele de quem este fim é próprio.⁹

E mais adiante, essa coincidência entre lei e direito fica mais evidente quando Aquino estabelece que

⁸ Idem, p.55-56.

⁹ AQUINO, Tomas. *Suma teológica. Os hábitos e as virtudes. Os dons do Espírito Santo. Os vícios e os pecados. A lei antiga e a lei nova. A graça.* Vol.4. São Paulo: Edições Loyola, p.526.

A lei não é outra coisa que o ditame da razão do que preside, pelo qual os súditos são governados. E a virtude de qualquer súdito é submeter-se bem àquele pelo qual é governado, como vemos que as potências irascível e concupiscível consistem em que sejam bem obedientes à razão. E por esse modo “a virtude de qualquer súdito é submeter-se bem ao príncipe”, como diz o Filósofo¹⁰. Qualquer lei ordena-se, pois, a que seja obedecida pelos súditos. Donde é manifesto que isso seja próprio da lei, induzir os súditos à própria virtude dos mesmos.¹¹

Por fim, o jurista canônico chega mesmo à admitir que no foro da consciência o homem poderia se considerar desobrigado de cumprir tal ou qual lei considerada injusta, devendo contudo à ela se submeter, cedendo seu direito, para, por exemplo, evitar o escândalo.¹²

As hipóteses de não sujeição à lei, na obra de Aquino, são absolutamente formais. Veja-se, por exemplo, quando admite uma hipótese de exceção da aplicação da lei, mas a restringindo à iminência de *perigo súbito*. Aquino deixa claro, entretanto, que somente os príncipes teriam legitimidade para declarar a situação de perigo súbito e de, portanto, permitir a não aplicabilidade de determinada lei¹³.

O caso não parece se constituir em verdadeira exceção à cogência da lei, mas sim em hipótese de sua derrogação, ou mesmo ab-rogação. Uma dessas espécies de revogação, ao que tudo indica, ocorreria pela edição de outra lei, sendo essa elaborada pela autoridade competente para sua edição.

A inteligência tomista, portanto, aponta claramente para a correção da lei vigente, para a legitimidade de quem a promulga e para sua força coativa.

Esta identidade entre os conceitos de *lei* e de *direito* é mais bem delineada em Kelsen, na oportunidade em que estabelece que

[...] quando confrontamos [...] os objectos que [...] são designados como “Direito”, resulta logo que todos eles se apresentam como ordens de conduta humana. Uma “ordem” é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo facto de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é [...] uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertencente a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.¹⁴

Fica evidente que na concepção kelseniana, o *direito* é o conjunto das normas de um país e que estas normas serão válidas se estiverem em conformidade com a norma chamada de

¹⁰ Aristóteles.

¹¹ Ob.Cit., p.542-543.

¹² Idem, p.590.

¹³ Idem, p.591-593.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p.57.

fundamental. Nas sociedades ocidentais, esse conceito hipotético de *norma fundamental* acabou por se confundir com a essência da Constituição do país, ou em outras palavras, e sob um olhar pragmático, a Constituição – compreendida em sua totalidade normativa e principiológica – acabou por ser confundida com o seu fundamento de validade. Este sistema hierárquico supostamente piramidal, enfim, evidencia toda a racionalidade do pensamento de Kelsen.

Mantendo esta linha de raciocínio, é de se concluir que o estabelecimento de um sistema eficiente de controle formal, do processo de elaboração e de aplicação da norma jurídica, seria o suficiente para garantir que o *direito* fosse plenamente efetivado. Se a *lei* estiver vigente, será porque ela estará em conformidade com a *lei fundamental* e, se assim estiver, será porque estará em conformidade com todo o ordenamento. Sendo o ordenamento a representação do que seja o próprio *direito*, a *lei* representará o próprio *direito*. *Lei e direito* se confundiriam e, como tal, não haveria que se falar em hipótese legítima de desobediência.

Calafetando as frestas dessa formulação, Kelsen separa ontologicamente o *direito* da Moral¹⁵, não permitindo que argumentos desta natureza tenham o condão de legitimar eventual desobediência à qualquer comando normativo vigente.¹⁶

O curioso desta proposição, é que ela pode levar à crer justamente o contrário do que a compreensão mais larga da doutrina permite ao estudioso. Kelsen afasta a Moral do Direito, pois acredita que juízos de Moral partem de premissas preconcebidas, estanques e que, portanto, levariam a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estatal. Ao contrário, somente a obediência ao processo legislativo estatuído – e neste âmbito o consideramos como o utilizado no Estado Democrático de Direito – é que permitiria essa discussão racional e que possibilitaria alcançar o fim de impor a uma ordem social um critério de medida firme sobre o que viria à ser justo ou injusto, independentemente de circunstâncias de tempo e de lugar.¹⁷

Veja-se, portanto, que a premissa da correção da norma, na ótica kelseniana, não se esgota na observância ao formalismo, mas sim parte da idéia de que anteriormente ao preenchimento dos ritos formais, a norma teria sido elaborada em estrita observância ao *Direito*, legitimando assim o justo.¹⁸ Esse pensamento fica evidenciado com mais clareza em outra oportunidade, quando Kelsen afirma que

¹⁵ Vale observar que a absoluta separação entre Direito e Moral, da forma como proposta por Kelsen, tem sua gênese na crença de que não existiria uma única Moral, mas sim vários sistemas de Moral completamente diferentes uns dos outros, não permitindo, portanto, que o Direito pudesse estar vinculado à todas as “morais” existentes, o que comprometeria o anseio de ser justo.

¹⁶ Ob.Cit., p.106.

¹⁷ Idem, p.107.

¹⁸ Ibidem.

A justiça é uma idéia irracional. Por mais indispensável que seja para a volição e a ação dos homens, não está sujeita à cognição [...] Tal cognição pode entender apenas uma ordem positiva evidenciada por atos determináveis objetivamente. Essa ordem é o Direito positivo [...] Essa mudança de significado do conceito de justiça caminha lado a lado com a tendência de retirar o problema da justiça da insegura esfera dos julgamentos subjetivos de valor e de estabelecê-lo no terreno seguro de uma ordem jurídica determinada. Nesse sentido, a 'justiça' significa legalidade; é 'justo' que uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seu conteúdo, esta regra deva ser aplicada. 'Justiça' significa a manutenção de uma ordem positiva através de sua aplicação escrupulosa. Trata-se de justiça 'sob o Direito'."¹⁹

Não há nenhum espaço, por isso, para se falar em inobservância da lei, na teoria pura do direito. Nos dizeres do jurista: o Direito é uma ordem coercitiva.²⁰

4 Desobediência

A desobediência à qualquer ordem constituída, à qualquer sistema legal legitimamente estabelecido, ofende o bom senso, *prima facie*.

Abrindo um pouco mais o espectro de visada, entretanto, já se pode vislumbrar mais de uma hipótese na qual o descumprimento à *lei* é pressuposto da busca da realização do *direito*, como, por exemplo, nos processos revolucionários e, com maior intensidade, nas guerras.

Ainda no século XVII, Hobbes já afirmava a existência de um direito natural de todo homem, sendo este constituído pela liberdade que cada ser humano teria de utilizar seu poder para garantir sua vida, inclusive fazendo tudo aquilo que entendesse adequado para atingir este fim.²¹

Hobbes chega mesmo à estabelecer uma diferença conceitual entre *lei* e *direito* quando afirma que

Em vista da confusão entre *lex* e *jus*, direito e lei, feita pelos que têm tratado desse assunto, é preciso fazer distinção [...] Assim, o direito é a liberdade de agir ou de omitir, enquanto a lei obriga a agir ou omitir. Portanto, entre lei e o direito há a mesma diferença que existe entre a obrigação e a liberdade, que são incompatíveis quando dizem respeito à mesma matéria.

Uma vez que a condição humana [...] é a da guerra de uns contra os outros, cada qual governado por sua própria razão, e não havendo algo de que o homem possa

¹⁹ Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.20-21.

²⁰ Idem, p.25.

²¹ Hobbes, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009, p.97. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

lançar mão para ajudá-lo a preservar a própria vida contra os inimigos, todos têm direito a tudo [...]”²²

O pensamento de Hobbes sobre esse ponto, trabalha a tensão existente entre o direito absoluto de defender a si próprio e o ponto de conflito que isso gera entre as pessoas, pois, na medida em que todos têm este direito, os homens viveriam em constante estado belicoso. A busca da paz, portanto, se apresenta como um norte à ser perseguido e mantido, sendo que este objetivo sintetiza a primeira parte da regra ao fixar a própria lei fundamental da natureza, isto é, a busca da paz. A outra parte seria a essência deste chamado direito natural, que é a possibilidade de se defender utilizando todos os meios possíveis²³.

Lei e direito, portanto, poderão ser confrontados, prevalecendo o segundo, nesta ótica.

O pacto social proposto por Rousseau, estabelece que tanto quanto o homem detém poder absoluto sobre todos os seus membros, sendo este poder advindo da natureza, o corpo político deteria poder absoluto sobre todos os seus, na medida em que o teria recebido da vontade geral, sendo esta, inclusive, a manifestação da verdadeira soberania²⁴.

Ocorre que Rousseau fixa esta premissa dentro da perspectiva de um Estado ideal, e expressamente estabelece que os serviços que o cidadão deverá prestar ao Estado, por solicitação do soberano, só serão realmente devidos se guardarem utilidade à comunidade. Chega a afirmar que *os compromissos que nos ligam ao corpo social só são obrigatórios por serem mútuos, e é tal sua natureza que, respeitando-os, não é possível trabalhar para os outros sem trabalhar também para nós*²⁵.

Digno de nota, se apresenta a figura do legislador rousseauiano, que é personagem sempre adjetivado, tal como extraordinário, chegando o autor à afirmar que “*seriam necessários deuses para dar lei aos homens*”. Isso porque a lei seria, neste olhar, a perfeita representação da vontade geral, a forma perfeita de regular a vida em sociedade. Coerente com este raciocínio, e ciente da realidade factual, Rousseau estabelece que

Vê-se mais que, reunindo a lei a universalidade da vontade e a do objeto, o que um homem, seja qual for, de seu moto próprio ordena não é lei; o que ordena mesmo o soberano, acerca de um objeto particular, também não é lei, mas um decreto; nem um ato de soberania, mas de magistratura.²⁶

²² Idem, p.98.

²³ Ibidem.

²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2010, p.36-37. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

²⁵ Idem, p.37.

²⁶ Idem, p.42 e ss.

Assim, a *lei* é reputada por Rousseau como algo do gênero ato normativo formal e, nesta perspectiva, poderia ser descumprida para a efetivação do *direito*, especialmente quando se considerasse que o pacto social não fosse adequadamente respeitado.

Contemporaneamente à Rousseau, Kant elabora sua teoria jurídica e sua teoria ética, que repercutiram em toda a Europa.

Considerando a conhecida separação da Moral do conceito de Direito, na obra kantiana, e a sua evidente influência no pensamento de Kelsen²⁷, poderia intrigar a razão do austríaco ser tratado no tópico da “obediência”, enquanto ao alemão foi reservada a “desobediência”.

Logo de início, registre-se que não se pretende afirmar que na obra de Kant há menção à desobediência ao direito constituído, tal como os autores que iniciaram este tópico. Porém, a filosofia kantiana, e sua constante busca pela liberdade, pode, em alguma medida, contrastar com a *lei*.

Veja-se o conhecido imperativo categórico: *Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.*²⁸

Logo adiante a máxima é refinada nos seguintes termos

Se, então, minha ação ou minha condição pode geralmente coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, todo aquele que obstaculizar minha ação ou minha condição me produz injustiça, pois este obstáculo (resistência) não pode coexistir com a liberdade de acordo com uma lei universal.²⁹

Ao discorrer sobre o direito de necessidade (*ius necessitatis*) Kant elabora seu raciocínio sobre a hipótese da existência do direito de uma pessoa subtrair a vida de outrem, sendo esta conduta legitimada pela necessidade. Utiliza-se do brocardo latino *necessitas non habet legem* (a necessidade não tem lei), para subsidiar o argumento, no que não há nenhuma inovação.

O que interessa para este estudo, contudo, é a seguinte afirmação: *No entanto, não poderia haver necessidade alguma que fizesse o que é injusto se conformar à lei*. Exsurge daí, portanto, que o conteúdo do injusto contamina o ato com tal intensidade que nem mesmo a *lei*

²⁷ Para o aprofundamento do tema, ver: GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

²⁸ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008, p.76-77.

²⁹ Idem, p.77.

poderia purificá-lo. Kant considera, inclusive, que o conceito de direito, neste caso, poderia variar se analisado *perante a razão* ou *perante uma corte*.³⁰

De toda sorte, a coerção é um elemento determinante para a caracterização do *direito* na obra de Kant e, considerando a miríade de textos normativos que não contêm sanção (ainda que por falha técnica legislativa), poder-se-ia considerar que estas *leis* não demandariam cumprimento.

Neste ponto vale abrir um parêntese acerca das proposições kantianas, na medida em que não se pode pretender compreender a inteligência do filósofo sem ter em mira a inarredabilidade entre os conceitos de *direito* e de moral.

Kersting, em duas passagens, sintetiza a problemática em Kant

Os momentos de externalização, de indiferença com relação à motivação e de coercitividade, próprios do Direito, não devem ser entendidos como sinal de sua independência de validade da filosofia da moral. Pura moral e Direito puro são, para Kant, companheiros de destino teórico-obrigacionais. Sem a experiência do dever ser incondicional da lei moral em nós, explicitada na filosofia da moral, seria incompreensível o discurso da obrigatoriedade da lei jurídica, do efeito obrigacional do direito subjetivo de liberdade de cada um. Mas se a autonomia da vontade e a causalidade da liberdade se revelarem como sonhos de um mediúnico, não só cai por terra o imperativo categórico, como também o Direito.

[...] Ter um direito significa ser sujeito de legislação externa e poder dispor, em nome da razão, do arbítrio alheio; o mesmo significa ter um dever jurídico, estar submetido à legislação externa da razão. Antes e após Kant via-se a essência do Direito subjetivo, do ser legitimado, na permissão, no poder fazer. Kant, ao contrário, determina o ser legitimado no âmbito de uma relação de obrigação alheia que, por seu turno, se desenvolve através de uma externalização da auto-obrigatoriedade moralmente constitutiva. Com isso, o conceito de legislação também se torna solução semântica para o significado da concepção de Direito subjetivo³¹.

Ihering, por sua vez, é enfático ao considerar que para o *direito* a luta é equivalente ao trabalho. A obtenção do direito sempre advém da luta e deve ser buscada ainda que em desconformidade com a *lei*. Esse entendimento é afirmado em diversas oportunidades de sua obra, sendo digno de nota

O fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo a luta[...] A vida do direito é a luta – uma luta dos povos, governos, classes sociais, indivíduos.

[...] Sabe-se que a palavra direito é usada em duas acepções distintas, a objetiva e a subjetiva. O direito compreende os princípios jurídicos manipulados pelo Estado, ou seja, o ordenamento legal da vida. O direito subjetivo representa a atuação concreta da norma abstrata, de que resulta uma faculdade específica de determinada pessoa. Num como noutro sentido, o direito encontra resistências, e em ambos os

³⁰ Idem, p.81-82.

³¹ KERSTING, Wolfgang. *O Fundamento de Validade da Moral e do Direito em Kant*. In: TRAVESSONI (Coord.) *Kant e o Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 168-169.

sentidos tem de vencê-las, isto é, deve conquistar ou defender sua existência através da luta.³²

Rawls, assim como Rousseau, estabelece uma relação de ajuste entre os membros da sociedade e o poder constituído. Chega, inclusive, a vislumbrar a possibilidade dos indivíduos agirem de acordo com suas próprias regras, desde que os objetivos almejados estejam em consonância com o senso comum

Dizendo que a instituição e, por conseguinte, a estrutura básica da sociedade, são um sistema público de regras, entendo que qualquer um que esteja engajado neste sistema saberá se as regras e a sua própria participação nas atividades definidas pelas regras são o resultado de um acordo ou não.[...] Entendemos que os indivíduos pertencentes a esta divisão poderão fazer regras para eles mesmos, enquanto estas regras têm por função chegar a objetivos aceitos por todos e que as outras pessoas não sejam atingidas.³³

De outro ângulo, é inarredável pontuar que as bases desta obra de Rawls são fincadas na convicção de que a lei sempre deve ser cumprida, ainda mesmo quando for injusta (sendo válido aqui tudo o que acima foi dito sobre a teoria de Kelsen). Esse entendimento fica bem claro em mais de uma passagem de sua obra

A verdadeira questão se põe com respeito às circunstâncias e ao grau em que somos obrigados a acatar esquemas injustos. Há quem diga que nunca somos obrigados a cumprir determinações nestes casos. Mas isto é um erro. Do mesmo modo que a validade legal de legislação[...] não é razão suficiente para que se a cumpra, o caráter injusto de uma lei não é razão suficiente para não se acatá-la.
[...] Por sermos obrigados a apoiar a Constituição justa, temos que aceitar um de seus princípios fundamentais - o governo da maioria. Portanto, num estado de quase justiça, temos normalmente o dever de acatar leis injustas pela obrigação de apoiar a constituição justa.³⁴

Rawls, entretanto, discorrendo sobre o que ele denomina de um *fragmento da teoria da obediência parcial*, admite hipóteses de desobediência à lei quando formula os conceitos de 'resistência passiva' e da 'recusa por motivos de consciência'. A questão, para Rawls, reside na intensidade da injustiça³⁵, mas não esclarece, contudo, o que seria ou qual o método para se mensurar o grau dessa injustiça.

Abrindo um parêntese, vale pontuar que este argumento parece ter sido utilizado por Radbruch, quando afirma que se a lei promover uma contradição tão intensa com a justiça que

³² IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p.53-55.

³³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: UNB, 1981, p.64.

³⁴ Idem, p.265-267.

³⁵ Ibidem.

se constitua em verdadeiro *direito incorreto*, poderia ser afastada em detrimento desta justiça.³⁶

Voltando ao prumo, a definição de Rawls sobre a ‘desobediência civil’ e a ‘recusa por motivos de consciência’, nos permite compreender com bastante largueza o alcance dos conceitos

[...] a teoria constitucional da desobediência civil se apóia, unicamente, sobre uma concepção de justiça[...] o mesmo se dá com relação à recusa por motivos de consciência[...] esta forma política pode ser compreendida como forma de dirigir-se ao senso da justiça da comunidade, uma invocação dos princípios reconhecidos de cooperação entre iguais. Por ser um apelo à base moral da vida cívica, constitui ato político e não religioso. Assenta-se sobre o bom senso dos princípios de justiça[...] é derivada da concepção pública de justiça que caracteriza a sociedade democrática[...] uma concepção de desobediência civil faz parte da teoria do governo livre.³⁷

Fica evidente, portanto, a admissão de hipóteses de repúdio à *lei*. À partir daí, as implicações são delegadas ao intérprete.

5 Conclusão

A linha investigativa foi especialmente dedicada à Teoria Geral do Direito, o que não permitiu um aprofundamento daquilo que tangenciou e mesmo daquilo que teve relação direta, com a Filosofia do Direito.

Assim como advertido na introdução, o objetivo esteve circunscrito à enunciação do problema, trazendo à ribalta as bases jurídicas que poderiam ser utilizadas para fundamentar a obediência incondicional ou a desobediência a uma *lei* que eventualmente contrariasse o *direito*.

Especialmente a questão de saber se a Moral integra ou não o conceito de direito, seria de importância ímpar caso o objetivo fosse rumar para as conseqüências e implicações pragmáticas das hipóteses de desobediência da *lei*.

É de se confessar que foi necessário um rigor sistemático para que a tentação de enveredar no campo das implicações morais, da relação entre a facticidade e a validade, da necessidade de formulação de uma teoria integradora do direito, não fizesse o presente estudo perder sua bússola e destoar completamente do objetivo proposto.

³⁶ RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Stuttgart, 1973, p.345, *apud* ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.34.

³⁷ Ob.Cit., p.273-292.

Também nos foi forçoso ignorar a existência de princípios abertos no ordenamento, aptos à iluminar a interpretação da *lei* e que em muitas oportunidades resolveriam o problema no caso concreto. A necessária extensão para esta outra pesquisa, entretanto, afastou por completo qualquer pretensão neste sentido.

Longe de pretender indicar qual o caminho mais adequado à ser trilhado, espera-se que o estudo tenha alcançado o objetivo de enunciar, de um lado, quão necessário é a estrita observância da *lei* para a segurança e higidez do ordenamento jurídico, e, de outro, como pode ser necessária a desobediência da ordem constituída para que se efetive o verdadeiro *direito*.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomas. *Suma teológica. Os hábitos e as virtudes. Os dons do Espírito Santo. Os vícios e os pecados. A lei antiga e a lei nova. A graça*. Vol.4. São Paulo: Edições Loyola.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2005.

_____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KERSTING, Wolfgang. *O Fundamento de Validade da Moral e do Direito em Kant*. In: TRAVESSONI (Coord.) *Kant e o Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 168-169.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas S/A, 2001.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Stuttgart, 1973, *apud* ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: UNB, 1981.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2010. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)