

O TRATAMENTO JURÍDICO DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

José Alcides Renner*

Resumo: No presente artigo, após concisa definição de desobediência civil, se investiga, analisa e critica o tratamento jurídico indicado pela doutrina para este fenômeno, tendo presente especialmente a literatura produzida na Espanha, entre os anos 1970 e 2000, bem como a que mais impactou naquele país a propósito do intenso e persistente movimento de desobediência civil ali ocorrido, durante este período, o da insubmissão ao serviço militar obrigatório.

Palavras-chave: Desobediência civil. Tratamento jurídico. Direitos fundamentais. Justificação jurídica. Exculpação jurídica.

Sumário: 1. Introdução. 2. O tratamento jurídico da desobediência civil. 2.1. Considerações gerais introdutórias. 2.2. O amparo da desobediência civil nas normas fundamentais. 2.3. A desobediência civil como teste de constitucionalidade ou de legalidade da norma infringida. 2.4. Outras possibilidades de tratamento jurídico. 3. Apreciação crítica do tratamento jurídico a título de Conclusão. Referências.

Legal treatment of civil disobedience

Abstract: In the paper, after a concise conceptual definition of civil disobedience, the main purpose is to investigate, analyze and raise certain criticism to legal doctrine for the phenomenon. To achieve our goal is taking into consideration Spanish legal literature, produced especially between the 1970s and 2000s, as well as the intense and persistent movement of civil disobedience that had the greatest impact in that country during those years, that of non-submission to compulsory military service.

Keywords: Civil disobedience. Legal treatment. Fundamental rights. Legal excuse.

* Doutor em Direito pela Universidad de Deusto (Bilbao/Espanha). Professor de Introdução ao Estudo do Direito e de Teoria do Direito e Coordenador do Curso de Direito Faculdades Integradas de Taquara. *E-mail:* alcides.renner@gmail.com

Summary: 1. Introduction. 2. Legal treatment of civil disobedience. 2.1. General introductory considerations. 2.2. The basis for support of civil disobedience in the fundamental rules. 2.3 Civil disobedience as a test of the constitutionality or legality of the infringed rule. 2.4. Other possibilities of legal treatment. 3. Critical appreciation of the legal treatment by way of Conclusion. References.

1 Introdução

A maior parte dos autores que tratam da desobediência civil começam por defini-la valendo-se do conceito do conhecido e influente jus filósofo americano John Rawls.

Para Rawls (1997), a desobediência civil se define e se manifesta como um ato público, não violento, consciente e político, contrário à lei, praticado com o objetivo de provocar uma mudança na lei e/ou nos programas ou políticas do governo. Estaria justificada, no entender do autor, quando se apresentam na comunidade política, em geral bem ordenada e justa, sérias infrações do primeiro princípio da justiça – o princípio da igual liberdade – e/ ou significativas violações da segunda parte do segundo princípio, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades.¹

Partindo desta definição, e matizando-a, podemos afirmar que os desobedientes civis atuam em público, para o público e sobre coisas públicas. Estão, por outro lado, perfeitamente conscientes de todos os elementos de suas condutas e de que estas condutas são contrárias ao direito positivo vigente, sem com elas, contudo, causar maiores danos sociais ou a terceiros. Realizam, ademais, suas condutas desobedientes convencidos de que existem boas razões ético-políticas para isto e assentam ditas razões nos pressupostos de um ordenamento jurídico democrático ou nos princípios e fundamentos formalmente inscritos nos respectivos ordenamentos jurídicos ou que os inspiram.

Não importa, portanto, aos desobedientes civis, romper com a ordem jurídica como um todo, desde seus cimentos. Neste sentido, não são revolucionários. Reivindicam, ao contrário, o aperfeiçoamento da ordem jurídica, visando acercá-la mais àqueles princípios e fundamentos e tornar mais justa a convivência social.

¹ A definição de desobediência civil que Rawls tornou famosa, ele a tomou de Hugo Adam Bedau (1961, p. 661), publicada no ano de 1961. Mais recentemente, no entanto, Bedau ampliou em alguma medida sua definição, diminuindo a restrição ao uso da violência: antes ele mencionava que o ato desobediente civil deveria ser não violento, agora a não violência deveria ser não intencionalmente ou não culpavelmente destrutiva da propriedade ou nociva a pessoas (BEDAU, 1991, p. 51).

Esta conduta, chamada de desobediência civil, costuma ser remontada a Henry David Thoreau (1817-1862), célebre ativista norte-americano, ainda que possa observar-se algum titubeio na doutrina e na catalogação de condutas históricas similares anteriores a Thoreau. Como é sabido, Thoreau (2002) negava-se, publicamente, a pagar determinado imposto como forma de protesto contra ações do governo relativas à guerra de conquista de territórios ao México e à manutenção da escravidão, por considerar estas ações contrárias aos princípios e fundamentos da Constituição de seu país.

Trata-se, portanto, do tradicional tema do dever de acatar a lei, o fundamento da obediência ao que manda a autoridade, os aspectos morais que envolvem as relações entre os membros das sociedades políticas, entre o governante e o governado. Este tema, antigo e inesgotável, foi reavivado nas sociedades contemporâneas – em especial naquelas em que foram conquistados, se não os mais amplos espaços de expressão e participação, ao menos alguns mecanismos de diálogo social – com o surgimento de numerosos destes movimentos de desobediência civil, com as características antes referidas, que descumprem normas jurídicas de maneira ostensiva e pública, como meio de pressão e participação políticas, de expressão e reforço de mensagem dirigida às autoridades públicas e/ ou às maiorias que as sustentam.

Ainda que estes movimentos de desobediência, acontecidos ou realizados nos mais variados contextos culturais, tenham conduzido a inegáveis avanços sociais – sirvam de exemplo, os movimentos de proteção do meio ambiente – substituindo por vezes os partidos políticos ou sindicatos como espaços de socialização, formação e reivindicação cidadãs, não raramente causam perplexidade, especialmente em sociedades de escassa tradição democrática, ou com processos de democratização recentes ou em vias de democratização.

O tratamento jurídico a ser dispensado a estes desobedientes, inclusive em sociedades de elevada tradição democrática, é um assunto ainda polêmico. Advoga-se, por vezes, por soluções que vão desde o extremo (contraditório) de “legalizar” ou justificar juridicamente este tipo de desobediência até o extremo oposto de reprimi-la com mais intensidade do que a delinquência comum, “antes que a anarquia se espalhe”.

O tratamento jurídico a ser dispensado à desobediência civil é o tema deste estudo. Indicam-se, inicialmente, alguns momentos históricos em que teria surgido a ideia de um tratamento jurídico diferenciado para o infrator “por convicção”, categoria em que normalmente se enquadra o desobediente civil, e passa-se ao exame da doutrina de alguns dos maiores expoentes na literatura jurídica a respeito do tema – especialmente influentes na doutrina espanhola, complementando com uma breve apreciação crítica, a título de conclusão.

2 O tratamento jurídico da desobediência civil

2.1 Considerações gerais introdutórias

Parece evidente que ao procurar definir a desobediência civil e distingui-la de outras infrações ao Direito, principalmente a desobediência criminosa comum, na verdade se esteja procurando um tratamento jurídico – legal e/ou judicial – diferenciado, talvez mais benéfico. Pode, inclusive, que se deva, ante um movimento consistente e persistente de desobediência civil, revisar as normas, políticas e procedimentos político-jurídicos vigentes, revisão que é o objetivo ou o objeto da conduta infratora do desobediente civil, e assim evitar ou superar o fenômeno. Contudo, é preciso não esquecer que se trata de uma forma de manifestação ou expressão que infringe o direito, ante a qual, em consequência, o sistema político-jurídico não pode ficar indiferente.

A concessão de um tratamento jurídico diferenciado ao delinquente por convicção ou ao delinquente político, figuras próximas ou que englobam a desobediência civil, remonta a períodos históricos anteriores aos atuais (PÉREZ DEL VALLE, 1994; ESCOBAR ROCA, 1993). Carlos Pérez del Valle (1994), em seu estudo histórico sobre o tratamento legal mais benéfico ao réu de delito político, entende que iniciou na França, com a Constituição francesa de 14 de agosto de 1830, e as leis penais subsequentes, uma atenuação em toda Europa do rigor tradicional, com a previsão do julgamento por júri, um regime penitenciário menos rigoroso que o previsto para os delitos comuns, além da proibição da possibilidade de sua extradição. Para tal atenuação, e para a prévia distinção entre o delinquente comum e o político, teria sido decisiva a ideia de que “el delincuente político está determinado por el deseo de mejorar las instituciones políticas de su país, con intenciones loables, aunque con la equivocación de querer ir demasiado deprisa y de emplear medios irregulares, ilegales y violentos para llevar a cabo el progreso que ambiciona” (PÉREZ DEL VALLE, 1994, p. 45).²

Na Alemanha, certamente o país em que as correntes do pensamento jus filosófico penalista alcançaram os mais altos níveis de desenvolvimento, um dos

² Já na Itália, segundo Pérez del Valle (1994), um marco temporal significativo teria sido o ano de 1921, com o Projeto de Código Penal elaborado por Enrico Ferri, que definia os delitos “político-sociales” como “aquellos cometidos exclusivamente por motivos políticos o de interés colectivo” e como delinquente político-social ao que atua “no por motivos de obtener una ventaja egoísta, sino por aberraciones de sentimientos no innobles o en el tumulto de una insurrección”. Para Pérez del Valle, Enrico Ferri e seu Projeto estiveram muito influenciados pela obra do célebre Lombroso, que reconhecia nos delinquentes políticos os caracteres dos delinquentes por ímpeto, descrevendo assim seus aspectos físicos e caracteres psicológicos: “no presentan, en efecto, el tipo criminal, sino, antes bien, una fisionomía bellísima: frente ancha, barba abundante, ojo tranquilo o sereno. Aunque no se arrepienten, a diferencia de los demás delincuentes por pasión, esta actitud no es producto, como en los delincuentes comunes, de la falta de sentido moral” (PÉREZ DEL VALLE, 1994, p. 49).

principais momentos referente ao tratamento jurídico do delinquente político foi o da discussão do Projeto de Reforma do Código de 1921, proposto pelo então ministro da defesa, Gustav Radbruch. Mas, já anteriormente ainda sob a vigência do Código Penal do Reich de 1871, que utilizava o conceito de “atitude desonrosa” do delinquente como critério para definir o tipo de pena a aplicar ao infrator, a doutrina e a jurisprudência alemãs consideravam que aquele conceito não abarcava as ações do delinquente político, aplicando-se-lhe uma pena menos infamante, ou, em outras palavras, um tratamento jurídico diferenciado (PEREZ DEL VALLE, 1994; ROXIN, 1997).

Segundo Pérez del Valle (1994), o citado Projeto de Código de Radbruch, em seu parágrafo 71, dispunha que ao infrator, em lugar de “prisão rigorosa” ou “prisão”, se imporá a pena de “arresto” de igual duração se o motivo decisivo de sua ação for por sentir-se obrigado em virtude de suas convicções éticas, políticas ou religiosas. A pena de arresto, ao contrário das demais, não era uma privação da liberdade dirigida à correção, pois para Radbruch, não tinha sentido tentar corrigir o delinquente por convicção. A pena para este delinquente seria ineficaz, porque ele não seria um sujeito moralmente inconsistente, mas sim alguém que age por entender que segue uma norma superior à infringida,³ ao contrário do delinquente comum que atua contraditoriamente, pois, como no caso do ladrão, que quer para si a propriedade que lesiona para o outro.

Hans Joachim Hirsch (199?) escreve que delinquente por convicção é todo aquele que atua contrariamente a uma norma (penal) motivado por alguma convicção, seja ela de natureza religiosa, “quase religiosa”, ética ou político-existencial, afirmando que o conceito remonta a Radbruch, que, em seu Projeto de Código Penal de 1922, definia como delinquentes por convicção os infratores cuja motivação decisiva reside em sentirem-se obrigados a realizar o tipo em virtude de suas convicções éticas, religiosas ou políticas. Nesta categoria de delinquentes, Hirsch (199?, p. 171) inclui os que, atualmente, realizam “las sen-

³ Radbruch (1979), mesmo defendendo um tratamento jurídico diferenciado para o delinquente que infringisse conscientemente uma norma jurídica motivado por convicções éticas, políticas ou religiosas entendia que ele atuava de forma dolosa e punível, não podendo ser, portanto, juridicamente justificado. O máximo que se poderia conceder-lhe seria cumprir a pena em regime diferenciado. Em sua clássica *Rechtsphilosophie*, cuja primeira edição apareceu em 1914, com sucessivas reedições e adaptações, mas que ele não pôde atualizar segundo a evolução de seu pensamento depois da hecatombe nazi, ao final do parágrafo intitulado “A obrigatoriedade do Direito”, escreveu: “Não esqueçamos, contudo, que em frente do juiz, obrigado em sua consciência a considerar válido e obrigatório todo o direito estabelecido, pode também vir a encontrar-se um réu cuja consciência lhe tenha imposto o dever contrário de considerar iníquo, não adequado ao seu justo fim e portanto não obrigatório, um certo direito, apesar de estabelecido. Este direito, quanto a ele, pode ter e conservar a força que quiser; nunca, todavia, poderá demonstrar-se-lhe a sua obrigatoriedade. E este é, na verdade, o mais trágico de todos os casos – justamente os dos chamados ‘delinquentes por convicção’ – por não haver solução possível para ele” (RADBRUCH, 1979, p. 183).

tadas obstructoras del paso por grupos pacifistas, los daños a instalaciones ferroviarias como protesta contra el transporte de residuos nucleares y la ocupación de viviendas motivada por determinadas concepciones político-existenciales”. Para o autor, o problema da delinquência por convicção, na qual ele inclui a desobediência civil, teria adquirido, nos dias atuais, crescente importância com a evolução pluralista e multicultural da sociedade.

Mais recentemente, dois autores de escol vêm reclamando um tratamento jurídico diferenciado para o desobediente civil.

Habermas (1997a, 1997b) clamava, nos anos 1970, contra a pouca tolerância e os temores na Alemanha com os movimentos de protesto e desobediência pacífica, principalmente com os movimentos que se opunham à instalação dos foguetes Pershing II. Para ele, estes movimentos, não obstante a frequente ilegalidade de suas ações, eram essenciais para a democracia. Na Alemanha, no entanto, eram identificados com frequência com os alçamentos antidemocráticos e violentos do passado alemão, exigindo-se ali, por isto, sua rigorosa perseguição e severa punição.

Ronald Dworkin (2002), por sua vez, a propósito da desobediência às leis do recrutamento militar nos Estados Unidos durante os anos da Guerra do Vietnam, reclamava a seus concidadãos reflexão sobre as leis que eram infringidas por razões de consciência e, aos promotores e autoridades judiciais, prudência e tolerância com estes infratores. Entre estes infratores estão, dizia Dworkin, alguns dos nossos cidadãos mais leais e mais respeitosos da lei.

Estão assim insinuados pelos dois renomados jus filósofos contemporâneos os tratamentos jurídicos mais frequentemente sugeridos: Habermas, diminuindo a gravidade da infração, do injusto, e Dworkin, atenuando a culpabilidade dos infratores.

Embora neste artigo se explore as possibilidades e argumentos jurídicos favoráveis a um tratamento jurídico diferenciado, mais benéfico para o desobediente civil em relação ao infrator comum, dados seus métodos, seus objetivos e relação respeitosa com a ordem jurídica como um todo, intrinsecamente conformes com os princípios e pressupostos de um regime político-jurídico democrático, este tratamento mais benéfico não é consensual. As soluções tradicionais, ao estilo “top-town”, ou “a lei é a lei” ou “o que decida o tribunal há que acatá-lo”, têm muitos adeptos, já advertia Dworkin. Muitas pessoas, escreve Dworkin (2002), entendem como óbvio que o governo, ao tratar com aqueles que desobedecem, “por razões de consciência”, às leis do recrutamento, na hipótese de Dworkin, deve processar os dissidentes e, se são culpados, deve castigá-los, antes que a corrupção da lei e a anarquia se disseminem. Entre estas pessoas há muitos juristas e intelectuais. Dworkin cita o professor Erwin Griswold, ex-procurador geral dos Estados Unidos e ex-reitor da Faculdade de

Direito da prestigiosa Universidade de Harvard, para quem é da essência da lei que ela seja aplicada igualmente a todos, que sujeite a todos da mesma maneira, sem considerar motivos pessoais, razão pela qual o desobediente civil não deveria surpreender-se, nem sentir pena ou vergonha com a condenação criminal; ao contrário, deveria aceitar o fato de que a sociedade organizada só pode manter-se sobre esta base (DWORKIN, 2002).

Sobre como levar a cabo este tratamento jurídico diferenciado, mais benéfico, Falcón y Tella (2001, p. 3.162) entende que “la solución del problema de la desobediencia civil debería de realizarse en una fase anterior [a la del indulto],⁴ a nivel legislativo o, como poco, en el momento de enjuiciar al desobediente civil, en la aplicación-interpretación de la ley”, expressando assim o entendimento, tanto de que ao desobediente civil deve dispensar-se um tratamento jurídico distinto do de outros infratores da ordem normativa legal, quanto o de que isto deve ser feito por disposição legal, ou, no silêncio da lei, enquadrando-se sua conduta em alguma categoria do iter dogmático penal geral, de modo que se exclua a sanção penal ou se diminua sua intensidade ou gravosidade.

Ugartemendia (1999) parte da ideia básica de que o Estado constitucional e democrático de direito incorpora a seu interior os conflitos entre Justiça e Lei, entre Moral e Direito, entre Direito e Política. Considera também que o desobediente civil atua motivado ético-politicamente, amparado em alguma medida pelas liberdades democráticas, perseguindo ou defendendo a realização dos grandes valores e princípios sobre os quais se erige dito Estado. Assim, o autor entende que o fenômeno da desobediência civil pode e deve ser enfrentado dentro do direito, como luta pelo direito nas formas e com os meios do direito, sem, contudo, defender a existência de um direito à desobediência civil. “[...] no existe um derecho a la desobediencia civil, ni tampoco se puede hablar de la desobediencia civil como derecho, pero sí es posible hablar de la desobediencia civil como el derecho a determinadas formas de ejercicio de los derechos fundamentales” (UGARTEMENDIA, 1999, p. 287).

Isto posto, o autor acredita encontrar nas normas constitucionais algum amparo para um tratamento jurídico/judicial diferenciado para o desobediente civil, no sentido de inclusive justificar juridicamente sua conduta ou, ao menos, para excusar ou atenuar a sanção pela infração.

Para tornar operativa esta eficácia protetora jurídica ao desobediente civil, Ugartemendia (1999) vislumbra três possibilidades:

⁴ O indulto referido pela autora é um instituto presente no Direito Penal espanhol, a que muitos juízes recorreram ao condenarem insubmissos ao serviço militar, pelo qual o juiz ou tribunal acude ao Executivo quando, depois da aplicação “rigorosa” da lei, entende que a pena aplicada é “notavelmente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo, sin perjuicio de ejecutar, con las excepciones previstas, desde luego la sentencia” (Código Penal, art. 4.3).

- a) Acudir, diretamente ou em conexão com as causas legais infraconstitucionais de justificação, exculpação ou atenuação, às normas superiores do ordenamento jurídico, especialmente às normas fundamentais para obter no caso concreto *sub judice*, através da ponderação dos interesses ou bens juridicamente protegidos envolvidos, um tratamento jurídico diferenciado, ou seja, a justificação da conduta desobediente civil, a exculpação ou a atenuação do castigo;
- b) Demonstrar, depois de infringir a lei contra a que se protesta, no curso do processo ajuizado pela infração, a inconstitucionalidade ou invalidade da lei contestada ou sua inaplicabilidade parcial a um conjunto de casos de determinadas características, incluindo o caso concreto *sub judice*;
- c) Instar as autoridades judiciais ou as encarregadas de perseguir o desobediente civil a que, ao amparo de sua discricionariedade, quando exista, não persigam, não sancionem ou reduzam a sanção aplicável, mesmo que sua conduta seja juridicamente injustificável.

Especialmente aplicáveis nos sistemas jurídicos romano-germânicos seriam as duas primeiras opções, já que nestes sistemas, ao contrário do sistema anglo-saxão, a chamada *prosecutorial discretion* é muito reduzida.

A seguir se examinam sucintamente as duas primeiras possibilidades mencionadas.

2.2 O amparo da desobediência civil nas normas fundamentais

Argumenta-se que o desobediente civil, dada sua atuação ético-politicamente correta, persegue, como um dever cidadão seu, a realização ou uma melhor concretização dos objetivos ou pressupostos da comunidade política constitucionalmente estabelecidos ou invocados. Uma sociedade mais solidária, igualitária, pacífica, pluralista, justa e democrática, respeitosa com a dignidade humana e fomentadora das condições necessárias para o desenvolvimento dos direitos a esta inerentes.

O desobediente civil estaria, assim, exercitando, de alguma forma, um direito conferido pelas normas constitucionais fundamentais: o direito à livre expressão, de protesto e manifestação, o direito à liberdade religiosa, ideológica ou de consciência, o direito à reivindicação e à participação política, econômica e cultural.⁵

⁵ O direito à participação é para Johan Galtung (1998) uma necessidade humana básica e como tal um direito humano fundamental. Este direito incluiria a participação no processo de produção das leis, de ser sujeito ativo e não mero objeto da norma. Para o autor, neste aspecto houve um retrocesso em relação ao início dos modernos Estados democráticos, quando a produção das normas de estruturação e convivência que deram origem aos Estados Unidos modernos em 1776 e 1787 e à França moderna em 1789 teria estado mais próxima do povo do que os comitês intergovernamentais dois séculos mais tarde.

Estas normas fundamentais, que positivam os mencionados direitos, porque são vitais aos regimes político-jurídicos democráticos estariam na condição de continuamente mudar suas fronteiras delimitadoras (a definição do direito em si, sua limitação conatural ou intrínseca) e limitadoras (a limitação externa, de compatibilização e salvaguarda dos demais direitos e interesses constitucionais), de forma que abarquem um suporte fático cada vez mais amplo.

Especial menção merece a este respeito a liberdade de expressão e manifestação do pensamento. Atualmente ela compreende muito mais do que os clássicos atos de linguagem comunicativo, abarcando um conjunto cada vez mais amplo de atos simbólicos, até chegar às ocupações de edifícios e terrenos públicos e inclusive privados (UGARTEMENDIA, 1999), para cumprir esta função de expressar, com maior ênfase e rotundidade do que os meros atos de fala e escrita, os pensamentos, protestos e reivindicações. Simultaneamente, no entanto, a mesma atuação do desobediente civil (dado que se trata objetivamente de uma *desobediência*) se enquadra também na descrição fática de uma norma que restringe aquele mesmo direito fundamental que se pretende exercitar.

Com efeito, apesar da contínua ampliação das fronteiras dos direitos fundamentais, não há direitos absolutos (BOBBIO, 1992).⁶ Outrossim os direitos fundamentais, mesmo os mais caros às sociedades democráticas contemporâneas, além da demarcação precisa de suas delimitações intrínsecas, podem ser limitados ou restringidos em atenção à igual proteção destes mesmos direitos fundamentais para todos os integrantes da sociedade política, assim como para a proteção de outros direitos ou atividades também constitucionais. Esta limitação, no entanto, se se quer aprofundar na senda de proteção das liberdades, inicialmente haverá de fazê-la o legislador com critério e parcimônia, observando as pautas prévias expressa ou implicitamente estabelecidas pelo constituinte na Constituição e, posteriormente, a limitação estabelecida pelo legislador deverá ficar sujeita à revisão e precisão do poder judiciário ao aplicá-la nos casos concretos.

Assim, ainda que determinada norma limitadora de um direito fundamental possa, abstratamente, ser considerada constitucional por haver o legislador ponderado corretamente os bens jurídicos em questão, nos casos concretos, todavia,

⁶ Norberto Bobbio, em relação com os direitos humanos, além de ressaltar o caráter heterogêneo e também histórico desta categoria de direitos, enfatiza a impossibilidade de proteger incondicional e simultaneamente todos eles para todos os homens – o que definiria seu caráter absoluto –, já que é necessário “a partir da afirmação óbvia de que não se pode instituir um direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir um direito de outras categorias de pessoas”. Somente o direito de não ser escravizado e o direito de não ser torturado poderiam considerar-se absolutos, porque “a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada” (BOBBIO, 1992, p. 42).

consideradas todas as circunstâncias de fato e as características pessoais dos envolvidos, aqueles limites estabelecidos pela norma limitadora ou sua concreta interpretação e aplicação pelas autoridades a um caso específico podem mostrar-se inconstitucionais. Caberá ao juiz ou tribunal, em cada caso concreto, verificado o enquadramento da conduta no suporte fático de ambas as normas, a fundamental, na que se ampara (ou alega amparar-se) o desobediente e a que ele infringe, observadas as circunstâncias do caso e as formas, motivos e objetivos da atuação dos agentes, ponderar os direitos ou interesses envolvidos e, sem expurgar do ordenamento a norma limitadora infringida, poderá concluir por reinterpretá-la ou por inaplicá-la no caso concreto, com o que estaria justificada a infração (desobediência) a esta norma. Poderá, também, embora aplicando a norma limitadora do direito fundamental infringida, não excluir completamente a eficácia da norma fundamental invocada, conferindo assim alguma proteção jurídica ao infrator, excusando ou atenuando o castigo.

Para esta ponderação, o órgão judicial poderia acudir diretamente à norma constitucional fundamental, nos casos de organização judicial de controle difuso de constitucionalidade das leis (como no Brasil), inaplicando ou aplicando só parcialmente a norma infringida. Quando o ordenamento não lhe permite inaplicar total ou parcialmente a lei por contrariedade com a norma constitucional, como na Espanha, o órgão judicial poderia valer-se das eximentes previstas na legislação infraconstitucional. Neste caso, o órgão judicial pode justificar a conduta desobediente civil, quando decida pela preponderância do direito ou interesse protegido pela norma fundamental, ou então exculpar a conduta ou atenuar a sanção (castigo), nos casos em que entenda pela preponderância dos interesses protegidos pela norma limitadora infringida. As mencionadas eximentes funcionariam como autêntica permissão do legislador aos órgãos judiciais para ponderar, em determinada disputa judicial, os diferentes interesses envolvidos e protegidos por distintas normas jurídicas. Também neste caso, o órgão judicial não aplicaria, em vista da Constituição, total ou parcialmente, a norma protetora do interesse que deva ceder na situação concreta, ainda que a norma seja de origem legal.

Para Juan Ignacio Ugartemendia (1999), a eximente especialmente indicada para realizar a ponderação entre os interesses protegidos pela norma infringida e os protegidos pela norma protetora seria a do exercício legítimo de um direito, embora não descarte a eximente de atuar em estado de necessidade e, inclusive, a de atuar em legítima defesa.

Nesse sentido, Josep María Tamarit (1989) entende que formas de desobediência civil utilizadas como meio de protesto político e social (é a desobediên-

cia civil indireta)⁷ poderiam encontrar justificação (jurídica) no direito de manifestação e de livre expressão do pensamento, desde que o bem jurídico lesado ou posto em perigo guarde certa proporcionalidade com as reivindicações dos manifestantes, que as lesões não sejam especialmente graves e que as reivindicações sejam sinceras, urgentes e importantes. “El criterio de la necesidad del recurso a esos medios, junto al principio de proporcionalidad, debe servir de baremo para la delimitación en cada caso de la posible justificación basada en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión o del derecho de manifestación”. (TAMARIT, 1989, p. 430). Logo, o autor entende justificáveis, por exemplo, interrupções momentâneas de estradas, quando o objeto do protesto for uma decisão política que signifique uma grave ameaça ao direito fundamental de ter um emprego.

Em outro trabalho, serão abordadas hipóteses, condições e circunstâncias em que órgãos judiciais aplicaram as mencionadas eximentes para realizar a ponderação de que se está tratando.

2.3 A desobediência civil como teste de constitucionalidade ou de legalidade da norma infringida

Encontra-se com frequência na doutrina uma segunda forma de tratar juridicamente, e se for o caso de justificar, condutas desobedientes civis, que é a de demonstrar o desobediente a inconstitucionalidade ou a ilegalidade da norma ou o mandado da autoridade pública infringidos. Por esta via, o cidadão, ante determinada exigência coativa do poder público, por considerá-la inadequada à convivência social desenhada a partir de, e sintonizada com os grandes valores e princípios acolhidos pela Constituição, e presentes os demais requisitos associados à conduta desobediente civil, presentes no conceito de John Rawls e examinados ao início, descumpra consciente e deliberadamente mencionada exigência, com o objetivo de arguir posteriormente, no curso do processo a ser

⁷ Por desobediência civil direta se entende aquela em que o desobediente desobedece a própria norma que é o objeto de sua inconformidade, contra a qual ele protesta, aquela que ele quer ver modificada ou revogada. Já na desobediência civil indireta, o desobediente desobedece uma norma, a respeito da qual ele não tem objeções, como forma de obter a modificação ou revogação de outra norma, que é o objeto de sua inconformidade. Esta classificação nem sempre é aceita. José Antonio Estevez (1994), por exemplo, defende que a desobediência civil indireta deve ser rejeitada, porque, a seu ver, em toda desobediência civil, a infração a uma lei nunca é exclusivamente instrumental. Para o autor, a norma violada ou sua interpretação/aplicação é sempre parte contra o que se protesta. Mais acertado parece estar Rawls (1997), para quem, ao contrário, existem ocasiões em que há fortes razões para não infringir a norma ou política tida como injusta, optando o desobediente por infringir leis de trânsito ou entrar ilegalmente em propriedades, leis que não são objeto de sua inconformidade.

instaurado por causa da infração, a invalidade da exigência por inconstitucionalidade ou por ilegalidade infraconstitucional. Declarada judicialmente esta inconstitucionalidade ou ilegalidade, e com isto descartada sua obrigatoriedade jurídica, a desobediência (civil) *prima facie* contrária ao Direito estaria juridicamente justificada, segundo raciocínio proposto por quem defende esta via de tratamento jurídico.

Crescente importância se atribui ao Direito Internacional como fonte normativa para ancorar a invalidação de normas e exigências jurídicas de autoridades internas dos países. Como é sabido, a convivência e interdependência internacional, de povos e de governos, são cada vez mais intensas, tanto por interesses econômicos quanto por um sentimento de comum pertencimento a comunidades supranacionais ou inclusive a uma única comunidade, a do gênero humano, potencializadas pelas tecnologias de comunicação. Com isto, se incrementaram a construção de instituições e a celebração de acordos juridicamente vinculantes para os Estados e até para os indivíduos, apesar das dificuldades teóricas e práticas de estabelecer mecanismos democráticos de legislar e de aplicar o direito supranacional, de incorporá-lo e harmonizá-lo com os ordenamentos jurídicos internos.⁸

Especialmente importante para os movimentos pacifistas, para amparar juridicamente, através da chamada *internacional law defense* seus atos de oposição e protesto contra as guerras, o serviço militar obrigatório, os gastos militares, a indústria bélica e a escalada armamentista, são a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a *Nuremberg Charter* (MALEM SEÑA, 1990). Na Carta das Nações Unidas, os Estados basicamente rejeitam a ameaça e o uso da força nas relações internacionais. Já na Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Estados-membros consideram essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações. Na *Nuremberg Charter*, as potências vencedoras da II Guerra Mundial estabeleceram os grandes princípios e normas pelas quais processaram e condenaram os criminosos de guerra nazistas e segundo os quais ninguém pode excusar-se, a título de obediência devida, pela participação em guerras de agressão, de violação a tratados e de manutenção de civis a que os atuais armamentos objetivamente levam.

Nesse sentido, Falcón y Tella (2000, p. 188) escreve que “en un campo en que, si bien con escaso éxito [hasta ahora], sí que puede usarse la internacional law defense como Nuremberg defense, es en los supuestos de oposición a los armamentos nucleares y otras situaciones en las que los desobedientes civiles se dirigen contra el combate militar”.

⁸ Sobre a incorporação e o status dos tratados internacionais no Direito brasileiro, ver Morais (2002).

Para quem defende a invalidação judicial da norma jurídica desobedecida, por inconstitucionalidade ou por ilegalidade, como uma forma de tratamento jurídico da desobediência civil, um meio jurídico hábil para conferir proteção jurídica às condutas desobedientes civis, necessita demonstrar a permanência de algum resíduo de eficácia na exigência jurídica invalidada, sobretudo quando o sistema jurídico confere efeitos *ex tunc* a esta declaração, hipótese na que se entende que a declaração não produz a invalidação, mas que somente a declara.

Com efeito, se a mencionada declaração de invalidade produz efeitos *ex tunc*, isto é, se a declaração opera retroativamente para fulminar de nulidade *ab initio* tanto a norma ou ordem invalidada quanto todos os atos com base nela praticados, é como se ela nunca houvesse existido. Neste caso, como falar de *desobediência*? Desobediência a quê? Ugartemendia (1999) resolve esta dificuldade distinguindo entre o conteúdo da decisão do Tribunal Constitucional (“juicio de invalidación”) e os efeitos da decisão (“pérdida de eficacia”):

Teniendo esto en cuenta, entenderemos que las decisiones que estiman la inconstitucionalidad de una norma de rango legal, son “declarativas” en relación a la validez de dicha norma (esto es, no constituyen su invalidez, sino que la constatan) y son “constitutivas” en relación a su eficacia (ya que son necesarias para el efecto que producen: la inaplicación de la norma inválida). (UGARTEMENDIA, 1999, p. 386).

Com esta distinção e argumentação, que o autor entende extensível também às declarações de invalidação por ilegalidade, ele pode afirmar que, enquanto não se produza a decisão “constitutiva” desta perda de eficácia, o descumprimento da norma, uma vez que é suscetível de perseguição aos que a descumprem, seria também “desobedecível”. Desta forma, o autor pode afirmar que pode existir um ato de desobediência civil juridicamente justificado quando a norma desobedecida for objeto de uma declaração de inconstitucionalidade. No entanto, esta forma de justificar juridicamente a desobediência civil, concebendo-a como um teste de constitucionalidade ou de legalidade da norma infringida, seria aplicável somente nos casos de desobediência civil direta. Na desobediência civil indireta, mesmo que a norma infringida, a qual o infrator não questiona, fosse invalidada, a norma ou política contra a qual efetivamente se protesta continuaria válida.

2.4 Outras possibilidades de tratamento jurídico

Na literatura sobre o tratamento jurídico da desobediência civil, além das já indicadas acima, se mencionam ainda um sem número de outras possibilidades, sempre assinalando ora a diminuição da intensidade da infração ao interesse protegido pela norma violada ora a ausência ou a diminuição da culpabilidade do desobediente civil (pela impossibilidade, dificuldade ou menor exigibilidade de

atuar em conformidade ao direito ou por desconhecê-lo) ou ambas a um só tempo, isto é, tanto pela menor contrariedade ao direito quanto uma menor culpabilidade ou ausência dela. O objetivo final perseguido pela doutrina é o de mostrar e fundamentar que a ação do desobediente civil é merecedora de uma menor reprovabilidade social e jurídica, em vista de seu caráter civil (civilizado, cidadão), ainda que desobediente. Sem a pretensão de ser exaustivo, examinam-se a seguir algumas destas outras possibilidades, que parecem ser as mais significativas.

Especial menção tem merecido, e neste caso se está no terreno da ausência ou diminuição da culpabilidade do desobediente civil, a possibilidade de apreciar-se em sua conduta um erro, especificamente um erro de proibição indireto. Este erro consistiria em equivocarse o desobediente civil sobre a existência ou a amplitude de uma causa de justificação ou sobre a validade jurídica da exigência ou mandado desobedecido (UGARTEMENDIA, 1999; SAINZ DE ROZAS, 1998).⁹

Assim, não é que o desobediente civil se represente erroneamente na sua mente algum dos diversos elementos objetivos descritos numa norma dada, que exige determinada conduta, o que caracterizaria o erro de tipo; nem desconhece ele a existência da norma, que seria um erro de proibição direto. O desobediente civil sabe que sua conduta está proibida por determinada norma, mas, dadas as circunstâncias e situação concretas do caso, ele crê estar amparado juridicamente em alguma causa de justificação ou que a norma é inválida por contrariar outra norma de superior hierarquia, o que ele acredita que logo será declarado pelos juízes e tribunais. Esta declaração, no entanto, não ocorre. Constatado judicialmente o erro, o órgão judicial poderia excusar a desobediência, se considerar que o erro é inevitável, deixando de aplicar a sanção prevista para a infração, ou atenuá-la, se considerar o erro evitável, diminuindo a sanção aos limites legalmente previstos. Com isto, não propriamente o erro, mas o princípio constitucional da proporcionalidade, que reclama que no terreno do Direito Penal as sanções tenham lugar e/ou sejam quantificadas também em função da culpabilidade do infrator (e um dos requisitos da culpabilidade é o conhecimento da antijuridicidade da conduta), poderia conferir alguma proteção jurídica às condutas desobedientes civis.

Claus Roxin (1997), por sua vez, coerente com seu objetivo teórico de contaminar as categorias dogmáticas da teoria do delito – a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade – com considerações político-criminais, conectando-a principalmente com a teoria dos fins da pena, entende que a justificação jurí-

⁹ Maria José Falcón y Tella (2000, p. 182-184) analisa sucintamente a aplicação da excludente de culpabilidade do erro no Direito norte-americano aos casos de desobediência civil naquele país.

dica da desobediência civil deve ser rejeitada, mas a responsabilização (penal), a partir de certos pressupostos muito restritos, pode ser excluída relacionada com os direitos fundamentais. Segundo este entendimento, a desobediência civil teria que ser discutida e tratada juridicamente com os elementos e consequências próprias da categoria do delito “que segue ao injusto”, tradicionalmente denominada só como culpabilidade. No entanto, atualmente, com a teoria dos fins da pena, se reconhece que somente a culpabilidade e as necessidades preventivas conjuntamente consideradas podem dar lugar a uma sanção penal, com o que a dogmática jurídico-penal se obriga a reconhecer a culpabilidade, e a necessidade preventiva, que terá que ser deduzida da lei, como pressupostos de igual nível da responsabilidade jurídico-penal.

Concretamente, Roxin (1997) entende que tanto a desobediência civil como a objeção de consciência, embora ambas encaixem no âmbito de proteção de direitos fundamentais, não podem conduzir a uma justificação, ainda que à primeira vista pareça convincente o argumento de que o exercício de um direito fundamental não pode ser antijurídico. Efetivamente, para Roxin, a desobediência civil, quer dizer, as ações de protesto que infringem normas jurídicas, pacífico-simbólicas, guiadas pela preocupação com o bem comum, como são atos de manifestação que servem para a formação da opinião pública em questões de interesse vital e que não ameaçam dificultar nenhum outro interesse importante do bem comum, encaixam sempre no âmbito de proteção do direito fundamental de manifestação e expressão. E a objeção de consciência, quer dizer, as decisões sérias, sinceras e verdadeiras que a consciência individual determina ao indivíduo, como um imperativo moral ineludível, estariam protegidas pela liberdade de consciência. Ambas, porém, não podem ser justificadas, porque, no caso da norma fundamental da liberdade de consciência, por exemplo, o que protege é o direito a não ser forçado mediante pena a atuar contra a própria consciência, mas a mesma não pode supor que o Estado deva fazer sua a decisão de consciência do indivíduo enquanto se aparta das leis, ou que deva legalizar o ponto de vista do objetor, porque isto não poderia ser compatibilizado nem com os princípios da democracia (com a regra da maioria) nem com a pretensão do Direito de estabelecer normas objetivas de validade geral. Este mesmo raciocínio se aplicaria às demais normas fundamentais. Não se pode falar, portanto, de uma equiparação do exercício de um direito fundamental e a conformidade a direito jurídico-penal.

Mesmo assim, ainda de acordo com Roxin (1997), a impossibilidade de justificar juridicamente a conduta do desobediente civil, e a do objetor de consciência, não impede a exclusão da responsabilidade jurídico-penal destes infratores, e não porque não sejam culpáveis, mas por ausência do outro pressuposto

de dita responsabilidade antes mencionado, as necessidades preventivas. Com efeito, e agora falando especificamente do desobediente civil, ele não atua sem culpabilidade segundo critérios jurídico-penais, pois desacata conscientemente uma norma, podendo atuar de modo conforme ao direito, além de não se tratar de um inimputável. Mas esta culpabilidade teria que ser considerada sensivelmente reduzida em relação aos desobedientes *criminosos*, porque, o desobediente civil, dada sua condição de civil (civilizada/cidadã) agride minimamente o(s) direito(s) alheio(s) e se reduz ainda mais pela proximidade a um direito fundamental do ato de manifestação, além de atuar este desobediente motivado pelo bem comum.

Além desta reduzida culpabilidade, nos casos de desobediência civil não haveria, para Roxin, necessidade preventiva, nem geral, de pena. Não haveria necessidade preventiva especial porque os sujeitos são cidadãos preocupados pelo bem comum e não criminosos, bastando, socialmente falando, em insistir na antijuridicidade da ação desobediente, ficando resguardada a aplicação de eventuais consequências sancionadoras de outros ramos do direito ao infrator. A sanção penal, dada sua gravidade, seria ainda contraindicada sob o aspecto preventivo especial porque poderia conduzir o sujeito desobediente a um isolamento e radicalização que o levem a cometer delitos ainda mais graves ou, poderia acrescentar-se, à clandestinidade e à disseminação da criminalidade. Tampouco, ainda segundo Roxin, é necessária punição desde o ponto de vista da prevenção geral, porque, atualmente, entre as finalidades da teoria da pena se privilegia, não a intimidação, mas a resolução dos conflitos, a pacificação social, a chamada “prevenção de integração”.

Este arreglo de conflictos en los casos insignificantes (de escasa importancia) se alcanza mejor mediante la renuncia a la pena que mediante la punición. Pues es deseable integrar el potencial de protesta basicamente conforme al sistema de nuestra sociedad, en vez de discriminarlo y confinarlo mediante el castigo con pena criminal. (ROXIN, 1997, p. 954).

Uma outra forma de tratamento jurídico cogitado na doutrina para o fenômeno da desobediência civil é a aplicação das denominadas atenuantes ordinárias. Para Falcón y Tella (2000, p. 227), “en la desobediência civil, no solo no concurren las causas de agravación de la responsabilidad criminal, sino que confluyen auténticas circunstancias atenuatorias”.

Na jurisprudência, como será examinado em futuro trabalho, a solução tem encontrado alguma acolhida. Dependendo do sistema jurídico do país, têm sido aplicadas, para diminuir a responsabilidade criminal do desobediente civil, as atenuantes de legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de um direito, como eximentes incompletas ou as atenuantes análogas a estas

eximentes. Além destas, e sempre em função da situação concreta do caso, têm sido aplicadas as atenuantes da confissão da infração e a de ter cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral.

A respeito da aplicação da atenuante da confissão da infração se argumenta que o desobediente civil, ao contrário do infrator criminal comum – característica que inclusive se indica como uma das que distingue o primeiro do segundo – pratica a infração publicamente, sem que, em momento algum, o impulse algum ânimo de negar a infração ou ocultá-la (nem se ocultar), apresentando-se para as autoridades, inclusive para reclamar a aplicação da sanção, elementos que configurariam as atenuantes em questão. Exemplos de desobedientes civis históricos com esta postura foram Martin Luther King e Mahatma Gandhi. Já quem se sensibiliza com a atuação generosa, nada egoísta, de busca desinteressada e algo obstinada por mudança social, por parte do desobediente civil, entende que este altruísmo diminui a sua culpabilidade, que deveria ser contemplada com uma atenuação da pena (SAINZ DE ROZAS, 1998).

Por fim, há quem mencione (FALCÓN Y TELLA, 2000) que a “aplicação/interpretação” mais ampla da norma a aplicar, consideradas a equidade, a analogia, a natureza das coisas, “a realidade social do tempo em que a norma há de ser aplicada”, os valores e princípios incorporados no (ou orientadores do) ordenamento jurídico como um todo, em especial a Constituição, a utilidade e a finalidade da lei, etc. poderia ser uma nova via de justificação jurídica da desobediência civil. Alguma conduta poderia configurar, num primeiro momento, observando determinado texto normativo isoladamente e em sua literalidade, o *corpus* da norma, como uma infração da norma que ele veicula. No entanto, após uma atividade interpretativa mais detida, alargada e integradora levada a efeito pelo juiz – atividade que depois da revolução antiformalista na metodologia de aplicação do direito teria deixado de ser “uma aplicação silogística e mecânica da lei” - poderia revelar uma genuína observância do *espírito* desta norma; uma desobediência juridicamente justificada, em fim. “Puede que el desobediente civil, al infringir una norma concreta por considerarla injusta, en realidad lo que está haciendo es infringir su letra, pero respetando su esencia o ratio, su alma” (FALCÓN Y TELLA, 2000, p. 243).

Sabe-se que a interpretação, para constatar o significado e alcance de cada uma das disposições do ordenamento jurídico, à luz de seus valores e princípios gerais que o orientam e inspiram ou que inclusive estão incorporados nele, especialmente os da Constituição, para então verificar (decidir?) se determinada conduta humana do mundo da vida está conforme ou não a este ordenamento, adquire especial importância em momentos de profunda mudança político-jurídica, normalmente acompanhada pela adoção de uma nova Constituição. O

conteúdo, o significado e o alcance de praticamente todas as disposições jurídicas do ordenamento são afetadas, e necessitam ser reconstruídas, quando não passam a ser expressamente inconstitucionais ou, mais apropriadamente, implicitamente derogadas.¹⁰

3 **Apreciação crítica do tratamento jurídico a título de conclusão**

Difícilmente poder-se-á indicar, genericamente, alguma solução jurídica para a desobediência civil como a correta ou a melhor. Como já terá percebido o leitor, ao longo da exposição sobre as diferentes soluções sugeridas pela doutrina, as diversas realidades jurídicas e os diferentes sistemas de organização judiciária, bem como as situações concretas de desobediência civil – infrações isoladas e ocasionais ou ações ilegais persistentes, reiteradas e coletivas, raízes e apoio social do movimento de desobediência, as concretas infrações, os objetivos dos desobedientes, etc – poderão sugerir soluções jurídicas também diferentes. No entanto, a solução que oferece o professor Claus Roxin parece ser a que melhor apreende a essência da conduta desobediente civil, observada a história do fenômeno e seu conceito mais aceito, exposto ao início do artigo. A solução parece igualmente manejável nos diferentes ordenamentos jurídicos. Esta solução, em efeito, não ignora que a conduta desobediente civil é, deliberadamente, uma *desobediência* que o ordenamento jurídico não poderá ignorar e ante a qual ele não pode ficar inerte, mas, simultaneamente, é uma conduta cidadã, ético-politicamente correta, que o direito terá que valorar.

Efetivamente, a solução defendida por Roxin destaca a antijuridicidade da ação desobediente civil, embora reduzida pela presença ou proximidade de um direito fundamental, o direito à liberdade de expressão e participação cidadã. A solução sublinha, igualmente, a culpabilidade do desobediente civil, sem esquecer, porém, de reduzi-la por atuar ele em prol do bem comum, e porque a sua atuação e os objetivos que persegue são basicamente conformes aos princípios do sistema político-jurídico. Por fim, a solução valoriza os fins do direito, em especial do direito penal, ao enfatizar os elementos preventivos da pena, que desaconselham uma punição penal, dados os aspectos segregativos deste

¹⁰ Luigi Ferrajoli (2000, p. 954, nota 32) menciona esta divergência – “profundíssima en Italia, donde la promulgación de la Constitución no fue seguida de la reforma de la codificación fascista” – entre “deber ser” constitucional e “ser” legal ou judicial, ou entre princípios jurídicos de grau superior e normas e práticas de grau inferior. O autor advoga que, neste caso, a crítica e a transformação destas normas e práticas pelo judiciário não é somente lícita, mas juridicamente obrigatória. Este entendimento teria originado grande polêmica naquele país contra a chamada Magistratura Democrática, a princípios dos anos sessenta.

tipo de sanção e a falta da necessidade preventiva especial, por ser o desobediente civil um cidadão eticamente correto e pela contraindicação da sanção penal como medida de resolução deste tipo de conflito.

Talvez Roxin pudesse ter diminuído ainda mais a culpabilidade do infrator desobediente civil em atenção a uma menor exigibilidade ao direito, em consideração à situação na qual se encontra este desobediente, em especial nos casos de desobediência civil direta. Sabemos da importância que os penalistas atribuem à exigibilidade da conduta conforme ao direito por parte do infrator, além dos requisitos da imputabilidade e do conhecimento ou da possibilidade de conhecimento da antijuridicidade, para formular o juízo de reprovabilidade da concreta ação antijurídica, exigibilidade que tem que ser verificada em cada caso concreto. Em efeito, escreve Bitencourt (2002, p. 302):

Dos debates e estudos que vários desses penalistas – causalistas e finalistas – realizaram em torno do conceito de culpabilidade, chegou-se à consideração, mais ou menos unânime, entendendo a culpabilidade como aquele juízo de reprovação dirigido ao autor por não haver obrado de acordo com o Direito, quando lhe era exigível uma conduta em tal sentido.

Assim, considerando que o desobediente civil rejeita argumentadamente a razoabilidade (legitimidade) da norma ou política que ele descumpra, sem causar maiores danos à conveniência social, como exigir-lhe racional(legítima) mente, com base num direito que se quer racional (legítimo), salvo pela tautológica afirmação de que lei é a lei, o cumprimento de tal norma ou política? Assim, a ausência ou diminuição da motivação para o cumprimento decorrente do questionamento plausível da racionalidade (legitimidade ou justiça) da norma, argumentativamente não resolvida, deveria repercutir, se não na perda de vigência da norma, no juízo de reprovabilidade da conduta do desobediente civil, para diminuir ou eliminar a reprovação de sua conduta, ao menos se se quer que os cidadãos adotem condutas refletidas e não atuem como simples autômatos.

Aqueles que, ao contrário, propugnam, como forma de tratamento jurídico das condutas desobedientes civis, a exclusão da antijuridicidade deste tipo de infração, afirmando tão somente sua tipicidade ou seu caráter de ilegalidade *prima-facie*, tanto por entender apreciável nestes casos alguma excludente de ilicitude, quanto por estimar vulnerada, através de um esforço interpretativo, somente a letra da lei, mas não seu espírito, como também por considerar inválida por inconstitucional ou ilegal a norma infringida, não atentam adequadamente ao aspecto *desobediente* da conduta desobediente civil. Assis Roig (1991, p. 334) chama a atenção sobre a impropriedade de se falar, no âmbito jurídico de obrigações *prima-facie*, isto é, “obligaciones jurídicas contenidas en una norma [que] pueden ser incumplidas porque hay otra norma que possibilita ello, co-

mo sucede en muchas ocasiones”. Numa concepção sistemática do direito – complementa o autor – a obrigação jurídica compreende em si aquelas normas que excepcionam, em alguns casos, seu cumprimento.¹¹

O procedimento de verificação da existência e espécie de infração ou delito numa sequência de passos, para constatar o encaixe da conduta ajuizada em alguma descrição legal, definindo sua tipicidade ou atipicidade. A ocorrência de alguma causa de exclusão da ilicitude, etc. é um procedimento meramente metodológico. Não se define, em cada etapa, em relação com a conduta em análise e já realizada, estágios intermediários de infração (infração inicial, semi-infração e infração definitiva a dever jurídico). Assim, quando, em relação a determinada conduta, se afirma sua tipicidade, mas se descarta sua antijuridicidade; ou quando se constata a realização da descrição literal de determinado texto legal (*corpus*), mas se exclui, ainda assim, a infração jurídica através de um esforço interpretativo sistemático; ou, ainda, se se entende infringida norma jurídica, mas se a declara inconstitucional ou ilegal, simplesmente não houve infração a dever jurídico algum. Se consideramos a desobediência civil como uma infração consciente e deliberada a um dever jurídico, com o fim de obter a mudança em alguma norma ou política pública, este dever jurídico tem que estar previamente definido.

Em efeito, para Muñoz Conde e García Arán (1998), o indício de antijuridicidade que a realização de uma conduta tipificada sugere resta descartado pela presença de uma causa de justificação. As causas de justificação, acrescentam os autores, “no sólo impiden que se pueda imponer una pena al autor de un hecho típico, sino que convierten ese hecho en lícito” (MOÑOZ CONDE; GARCÍA ALÁN, 1998, p. 326). Se a conduta é lícita, não há que falar em desobediência. Pode ter havido uma manifestação cidadã lícita.

De outra parte, as propostas de tratamento jurídico da desobediência civil no terreno da culpabilidade tendem a pôr em xeque a autonomia, a responsabilidade e a capacidade cidadã do desobediente civil, salvo talvez no caso antes sugerido de considerar reduzida a culpabilidade por uma menor exigibilidade de conduta conforme ao direito por ilegitimidade ou irrazoabilidade da norma infringida. Em efeito, ao considerar o desobediente civil como não culpável ou menos culpável, há o risco de aproximá-lo a um alienado ou desconhecedor da ordem jurídica vigente, a um semicapaz, a um transtornado mental, a alguém constrangido por um estado psíquico que o torna incapaz de atuar livre, cons-

¹¹ O mesmo autor, em outro momento, afirma que uma das notas distintivas da desobediência civil é a sua antijuridicidade: “No cabe apoyarse en el estado de necesidad como causa de justificación de la desobediencia civil. Si hay estado de necesidad no hay desobediencia civil, ya que falta la antijuridicidad. Es exactamente el mismo razonamiento que puede darse en relación con el homicidio y la legítima defensa. Si concurre ésta, no hay homicidio, o lo que es igual, no cabe caracterizar a una conducta como homicidio, por haberse hecho en legítima defensa” (ASSIS ROIG, 1993, p. 27).

ciente e autonomamente em conformidade com o direito. Esta visão do desobediente civil é irreal, desmentida pela histórica da desobediência civil e contrária ao seu próprio conceito: infração pública, consciente, deliberada e não violenta de norma jurídica, praticada com o propósito de obter uma mudança jurídico-social.

As formas analisadas de tratamento jurídico da desobediência civil parecem mais voltadas a mostrar que o direito é capaz de acolher e ajustar em seu seio a própria dissidência, atendendo assim mais a seus próprios interesses, de elevar suas cotas de legitimidade, do que aos interesses e anseios do desobediente civil. A este, em efeito, interessa mais demonstrar as franjas de ilegitimidade do direito, da estrutura político-jurídica, evidenciando sua incapacidade dialógica para absorver as divergências, a ponto de apartar e encarcerar aos dissidentes. Por esta razão, o desobediente civil, além de assinalar as normas ou políticas que entende injustas, não esconde nem diminui sua infração, mas, ao contrário, procura a aplicação da sanção, sem atenuação, nem clemência, como uma estratégia a mais para deslegitimar a política ou norma, ou sua interpretação/aplicação em vigor. "No pido misericordia, ni alego cualquier atenuante. Estoy aquí para reclamar y alegremente recibir la pena más severa que pueda ser aplicada contra lo que, según la ley, es crimen deliberado, pero que para mí parece ser el principal deber de um ciudadano" – dizia Gandhi aos juízes ingleses que o julgavam por seus atos desobediência civil praticados com o objetivo de liberar a Índia do jugo inglês. (PRIVAT, 1961, p. 94).

Mesmo que o tratamento jurídico para a desobediência civil defendido por Claus Roxin contemple mais adequadamente as características essenciais do fenômeno, o problema de fundo a que a desobediência civil remete, que é o da legitimidade (da norma ou política contestada, da estrutura ou contexto social) permanece não resolvido, tal como nas outras propostas analisadas. Também o tratamento defendido por Roxin se limita ao momento judicial, de interpretação/aplicação do direito, com escassa participação dos envolvidos, que têm como limite a lei. As possibilidades de revisar e rediscutir o objeto da contestação do desobediente civil são praticamente nulas. A realidade social, política, jurídica e econômica continua intata e inatacável. Faltam recursividades e interações influentes entre o momento de elaboração das normas e políticas e o momento de sua aplicação. Com isto, se não se pode legalizar a desobediência civil (ideia que conduz juridicamente ao absurdo), e se o procedimento judicial praticamente não oferece meios de legitimar a norma e sua aplicação, parece que continuamos na situação referida por García Amado (1991, p. 233) de "um calejón sin salida o ante la trivial afirmación de que el juez há de proceder em conciencia valorando las circunstancias del caso y las motivaciones del autor", afirmação/exortação que é válida para todos os juízes e para qualquer processo de que se ocupem.

De fato, ante o direito posto, dificilmente se encontrarão possibilidades mais amplas. No entanto, de *lege ferenda*, e talvez algo utopicamente, mas sintonizado com o espírito dos ordenamentos jurídicos dos atuais estados constitucionais e democráticos de direito possam vislumbrar-se outras soluções. Caso queira fazer-se justiça aos desobedientes civis, estas soluções precisam alinhar-se com uma implementação jurídica mais radicalizada do discurso prático, de uma mais ampla participação democrática, enfim, tanto no momento da elaboração e execução das normas e políticas, quanto no momento da resolução administrativa e/ou judicial dos conflitos que surjam durante esta elaboração e execução.

Referências

AGIRRE ARANBURU, Xabier et alii. *La Insumisión*. Un singular ciclo histórico de desobediencia civil. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

ASIS ROIG, Rafael de. *Deberes y Obligaciones en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ASIS ROIG, Rafael de. Las tres conciencias. In: Gregorio Peces-Barba. (Ed.). *Ley y Conciencia*. Moral legalizada y Moral crítica en la aplicación del Derecho. Madrid: Coedição da Universidad Carlos III e o Boletín Oficial del Estado, 1993. p. 19-36.

BEDAU, Hugo Adam. Civil Disobedience and Personal Responsibility for Injustice, In: Hugo Adam Bedau. (Ed.). *Civil disobedience in focus*. London e New York: Routledge, 1991. p. 49-67.

BEDAU, Hugo Adam. On civil disobedience. In: *Journal of Philosophy*, 58 (21): 653-665. Nova York, 1961.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESCOBAR ROCA, Guillermo. *La Objeción de Conciencia en la Constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ESTEVEZ ARAUJO, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Editorial Trotta, 1994.

FALCÓN Y TELLA, María José. El desobediente civil ante el Derecho penal. In: Luis Martínez-Calcerrada y Gomez. (Coodinador). *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 3.149-3.164.

FALCÓN Y TELLA, María José. *La desobediencia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal. 4. ed. Tradução cast. de Perfecto Andrés Ibáñez et alii. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

GALTUNG, Johan. *Direitos humanos*. Uma nova perspectiva. Tradução de Margarida Fernandes. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. Dos visiones de la desobediencia. Ética discursiva contra Teoría de sistemas. In: Ramón Macía Manso. (Ed.). *Obligatoriedad y Derecho. XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social* (28 a 30 de marzo de 1990). Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1991. p. 205-251.

HABERMAS, Jürgen. Derecho y violencia. Un trauma alemán. In: *Ensayos políticos*, 1997b. p. 72-89.

HABERMAS, Jürgen. La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de Derecho. In: *Ensayos políticos*. 3. ed. Barcelona: Ediciones Península, 1997a. p. 51-71.

HIRSCH, Hans Joachim. Derecho Penal y autor por convicción. Trad. de Patricia Laurenzo Copello. In: *Derecho Penal. Obras completas, Libro homenaje, Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, (199?).

MALEM SEÑA, Jorge F. *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. 1ª reimpressão. Barcelona: Ariel, 1990.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 3. ed. Valencia: Tirant lo blanch libros, 1998.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Conciencia y Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, 1994.

PRIVAT, Edmond. *A vida de Gandhi*. Tradução de Othon M. Garcia. São Paulo: Editora Cultrix, 1961.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. rev. e ampl. Tradução 3. ed. de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armenio Amado Editor, 1979.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta y Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. 1ª edición en Civitas. Tradução e notas de Diego-Manuel Luzón, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SAINZ DE ROZAS, Rafael. Visto para Sentencia. In: Xabier Agirre Aranburu et alii. *La insumisión*. Un singular ciclo histórico de desobediencia civil. Madrid: Editorial Tecnos, 1998. p. 100-126.

TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La libertad ideológica en el Derecho Penal*. Barcelona: PPU, 1989.

THOREAU, Henry David. *A Desobediência civil e outros escritos*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio. *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

