XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE

MARCOS LEITE GARCIA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

CARLOS VICTOR MUZZI FILHO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

E175

Esfera pública, legitimidade e controle [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Marcos Leite Garcia, Heron José de Santana Gordilho, Carlos Victor Muzzi Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-107-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Esfera pública. 3. Legitimidade. 4. Controle. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O grupo de trabalho Esfera Pública, Legitimidade e Controle tem como norte as questões relacionadas com a legitimidade e o controle da atuação estatal, tendo em vista não apenas as exigências de ordem formal, próprias do Direito Administrativo do Estado Liberal, mas, especialmente, as exigências relacionadas com o (melhor) conteúdo da ação estatal.

Assim, além de abordar temas relacionados com modelos mais contemporâneos de ação do Poder Público (parcerias público-privadas, concessões especiais, parcerias voluntárias e orçamento participativo, especialmente), os trabalhos enfocam o modo de atuação estatal, não mais embasado no modelo unilateral (ato administrativo), mas em mecanismos que enfatizam a bilateralidade e o consenso entre Administração Pública e administrado.

Daí o exame de questões relacionadas com a segurança jurídica, a convalidação de atos administrativos, a arbitragem, os acordos de leniência e outros mecanismos extrajudiciais para resolução de eventuais litígios, bem ainda com a manifestação de interesse em relação aos procedimentos licitatórios.

Todos esses temas consideram, precipuamente, a legitimidade da atuação estatal, não apenas como a procura por uma maior eficiência técnica e econômica, mas igualmente como forma de preservação e fomento da participação dos administrados, a quem se dirige, em última instância, o próprio agir estatal.

Os trabalhos apresentados, por outro lado, não perdem de vista a preocupação com o controle da atuação estatal. Contudo, não se tem como ponto central dessa preocupação a legalidade meramente formal, que em muitos casos se revela como legalidade estéril (ou legalidade pela legalidade). Em realidade, eles se voltam para o controle do conteúdo e da qualidade da ação estatal, perpassando sobre variados temas, como a definição de coeficientes de resultados nos contratos de parceria público-privada, a boa governança e o controle de gastos públicos, controle jurisdicional da atuação administrativa (contraditório tridimensional, princípio da juridicidade, prescrição intercorrente, princípio da proporcionalidade) e atuação de órgãos administrativos de controle do sistema financeiro nacional.

Noutra toada, o grupo de trabalho ainda contou com estudos de conteúdo mais teórico, que investigam os fundamentos jus-filosóficos da atuação estatal contemporânea, fazendo a conexão com lições vindas da Filosofia e da Política, com apoio em variados marcos teóricos.

Ao leitor, então, fica o convite para a atenta leitura dos trabalhos, cujo amplo espectro teórico e prático oferece um interessante panorama das preocupações mais atuais sobre a legitimidade e o controle da esfera pública estatal.

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

DESOBEDIÊNCIA CIVIL E A LEGITIMIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO MODERNO

CIVIL DISOBEDIENCE AND LEGITIMACY IN THE MODERN DEMOCRATIC STATE

Rafael Alem Mello Ferreira
Thais Miranda Moreira

Resumo

O Estado moderno distancia-se das formulações consolidadas em sociedades tradicionais por não possuir uma moral única compartilhada socialmente. Desta forma, a legitimidade não se confunde com a mera legalidade, e as normas, para gozarem de validade, dependem da aquiescência de todos os seus destinatários. Pela ideia habermasiana todas as normas devem possuir facticidade e validade, para tanto, faz-se necessário discutir as formas e os mecanismos que um Estado democrático de direito maduro apresenta para imprimir legitimidade em seu ordenamento. Neste momento, as proposições de John Rawls e Jürgen Habermas sobre desobediência civil ganham relevo, pois estaríamos diante de um mecanismo não positivado de busca da legitimidade. No entanto, de forma paradoxal, em nome da legitimidade se contestam normas que na teoria decorrem de imposições legítimas, por isso, é fundamental compreender e discutir se a responsabilidade penal deve ser a mesma de um infrator legal comum ou merece algum tipo de benesse estatal. A metodologia aqui empregada é a de análise de conteúdo teórico e filosófico de estruturas que normalmente circundam a nossa realidade, como é o caso da desobediência civil, a fim de analisar criticamente a prática do direito.

Palavras-chave: Facticidade, Validade, Desobediência civil, Legalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The modern state distances itself from the consolidated formulations in traditional societies for not having shared an unique moral socially. Thus, the legitimacy can not to be confused with mere legality, and the norms, in order to enjoy validity, depend on the acquiescence of all your recipients. For Habermas, all rules must have facticity and validity, therefore, it is necessary to discuss ways and mechanisms that a democratic rule of law has to print legitimacy on your system. At this time, the proposals of John Rawls and Jürgen Habermas on civil disobedience gain relief, because we would be facing a mechanism not positive of legitimacy search. However, paradoxically, on behalf of legitimacy we have to challenge regulations that theoretically result from legitimate impositions, so it is essential to understand and discuss whether the criminal responsibility should be the same as to a

common legal offender or deserves some kind of state largesse. The methodology used here is the theoretical and philosophical content analysis of structures that typically surround our reality, as in the case of civil disobedience in order to critically analyze the practice of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Facticity, Validity, Civil disobedience, Legality

1 INTRODUÇÃO

Com o colapso das sociedades tradicionais, a civilização ocidental perde suas referências, tornando os dizeres de Karl Marx proferidos no manifesto comunista muito atuais: "Tudo que era sólido se desmancha no ar, tudo que era sagrado é profano, e as pessoas são finalmente forçadas a encarar com serenidade sua posição social e suas relações recíprocas". Assim, nas sociedades tradicionais, havia um arranjo social que "suprime a possibilidade de problematização e a necessidade de justificação constante de suas formas de vida concretas" (SILVA, 2008, p. 137), o que seria suficiente para garantir a sua estabilização social.

Essa situação era fortalecida

> não apenas das certezas intuitivas do dia a dia mas de sua ligação com narrativas religiosas e suas autoridades impositivas. Com efeito, a sociedade tradicional teria a homogeneidade de suas formas de vida vinculada a um complexo *unificador* de narrativas religiosas que atribuiria significado e duração a cada elemento singular do corpo social, desde os inúmeros componentes de seu legado simbólico (que orientam a compreensão do mundo e suas formas de avaliação ética) até as práticas e instituições ligadas ao modo como a vida se reproduz materialmente (como a divisão do trabalho, os instrumentos e materiais empregados no sistema produtivo, as modalidades da troca e do consumo etc.). Por meio de textos religiosos, heranças mitológicas e encenações ritualísticas, os dispositivos essenciais da ordem social deixam de fazer parte dos saberes implícitos do cotidiano, que escapavam à comunicação, e passam a ser explicitados como conhecidos elementos da ordem do "sagrado"; os quais, entretanto, uma vez subtraídos do universo mundano não devem ser transformados em suas formas usos e significados, mas reproduzidos e respeitados por um misto de convicção e medo (SILVA, 2008, p. 136-137).

Nessa formação social, é impensável questionar a validade do sistema normativo vigente; a "norma fática, imposta por sua figura de autoridade, deve ser diretamente assumida como norma legítima" (SILVA, 2008, p. 137). Nesse contexto, segundo Jürgen Habermas, não existe uma tensão entre facticidade e validade, e sim uma união entre ambas, que nos permite afirmar que é "a coerção sancionadora, que impõe medo da represália, e a coerção sublimada, que se aceita pela força de seu convencimento" (SILVA, 2008, p. 137).

No entanto, essa situação verificada nas sociedades tradicionais não se sustenta, e os elementos que permitiam essa imposição se desmancham no ar. Assim, para Jürgen Habermas, "a modernidade é marcada pela diluição do monopólio exercido pela autoridade religiosa sobre o pano de fundo simbólico da sociedade, o qual tem seus conteúdos diversificados e submetidos à possibilidade de tematização e crítica" (SILVA, 2008, p. 137).

O que fica claro com essas considerações é que, em virtude da passagem da sociedade tradicional para a moderna, não existe mais qualquer elemento comum na sociedade que possa conferir coesão e legitimidade a esta. Diante dessa perspectiva, é crível

pensar na impossibilidade de um elemento comum para legitimar o direito e no fato de que ele apostaria as suas fichas apenas na faceta da coerção, ou seja, na sua facticidade.

Para insurgir-se contra essa possibilidade, Habermas se vê obrigado a empreender uma sofisticada teorização para insculpir legitimidade ao direito das sociedades modernas, em que se faz necessária uma precisa mediação da tensão entre a facticidade (sanção das normas jurídicas) e a validade (pretensão de legitimidade das normas). O conceito de Direito que servirá de fio condutor para essa análise e que está no posfácio da obra *Direito e democracia*, é definido da seguinte forma (HABERMAS, 2003, v. II, p.307):

> O Direito moderno estrutura-se a partir de um sistema de normas positivas e impositivas que pretendem garantir a liberdade. Por isso, as características formais da obrigação e da positividade vêm associadas a uma pretensão de legitimidade, pois existe a expectativa de que as normas assegurem através de ameaças de sanção por parte do Estado e resultantes das decisões modificáveis de um legislador político, podem salvaguardar simetricamente a autonomia de todos os sujeitos de Direito. Tal expectativa de legitimidade acompanha os passos concretos da criação e da imposição do direito.

Perquirir acerca de onde provém a força legitimadora e a partir de onde se constrói a validade é essencial para o entendimento não apenas da legitimidade do Direito, mas também da fundamentação da teoria discursiva do Direito. Portanto, a necessidade de uma sofisticada fonte de legitimação deriva do desmoronamento das justificativas típicas das sociedades tradicionais, como pela inutilidade de uma cosmovisão típica de uma sociedade natural ou mesmo por uma concepção de direito natural compartilhada.

Nesse ambiente típico da modernidade, não temos espaço para um Direito manco, pois ambos os polos da tensão são imprescindíveis. Trata-se, como já ressaltado, da conjugação de duas dimensões inerentes ao direito, uma vez que os destinatários aos quais as normas se impõem coercitivamente são também os seus autores (VILLAS BOAS FILHO, 2008, p.152). Essa busca incessante de legitimidade é fruto da tentativa de fortalecer o caráter de indisponibilidade do Direito, sem que este se transfigure "à mera facticidade de normas coercitivas postas e alteradas conforme a vontade do legislador político" (VILLAS BOAS FILHO, 2008, p.151).

A norma "matar alguém" presente no Código Penal brasileiro pode ilustrar a tensão em análise. Um indivíduo pode deixar de matar outro em virtude da ameaça de sanção que poderá ser confirmada pelo tribunal (é condicional, pois existem hipóteses que excluem a incidência da norma), caracterizando a facticidade dessa norma, ou pela existência da "possibilidade de resgate discursivo de sua pretensão de validade normativa" (HABERMAS, 2003, v.I, p.54), que nada mais é do que o reconhecimento da legitimidade da proposição normativa por parte daquele que a ela está submetido.

A norma jurídica, para Habermas, afere o seu grau de validade em virtude da "aceitação fática no círculo dos membros do direito" (HABERMAS, 2003, v.I, p.50). Logo, essas normas, de forma diversa das normas morais, possuem uma facticidade criada pela impositividade do próprio direito e podem ser impostas por uma decisão judicial. No entanto, o outro aspecto do binômio fundamental proposto por Habermas (HABERMAS, 2003, v.I, p.50) "se mede pela resgatibilidade discursiva da pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional". O Direito positivo exige a legitimação – é a suposição da segunda que acarreta a crença da obrigatoriedade do cumprimento do primeiro.

A facticidade das normas conecta-se com a ideia do positivismo, pois a lei vale simplesmente porque é posta. No entanto, de acordo com as ideias habermasianas, essa proposição seria insuficiente, já que "a positividade do Direito não pode fundar-se somente na contingência de decisões arbitrárias, sem correr o risco de perder seu poder de interação social. O direito extrai a sua força muito mais da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão à legitimidade" (HABERMAS, 2003, v.I, p.60).

Sabedor de que não seria possível fundamentar o direito em apenas um dos polos da tensão fundamental, Habermas convoca sua teoria da ação comunicativa para "refutar a redução positivista do direito à mera facticidade da coerção mediante o resgate do potencial comunicativo da sociedade na qual o direito se inscreve" (VILLAS BOAS FILHO, 2008). A ação comunicativa, dessa forma, será a fonte da legitimidade do sistema jurídico. Essa sofisticada formulação é apta a manter a coerência do pensamento habermasiano de que, em um mundo desencantado, as únicas normas de coação válidas são aquelas em que seus destinatários também são seus autores. Assim, estaríamos enraizando a ordem político-legal no âmbito da socialidade comunicativa.

As normas dotadas de facticidade, ou seja, com previsão de sanção, seriam validamente inseridas no ordenamento jurídico por meio de um procedimento que tem por base a ação comunicativa. Logo, se os pressupostos desse procedimento forem cumpridos, teremos uma decisão que leva a opinião de toda a comunidade em consideração e, por isso, democrática, pois busca um consenso momentâneo racional que pode ser agora positivado de forma legítima.

A diversidade presente na sociedade moderna encontra na interação comunicativa a possibilidade de formação de consensos racionais. Após a interação que garante a validade, esse entendimento é convertido em lei, o que garante a legitimidade em um espaço social marcado pela diferença. Essa ideia não recai na confusão entre legitimidade e legalidade

porque as normas produzidas por um procedimento comunicativo, e depois positivadas, podem ser justificadas tanto pela validade, pois os destinatários também serão seus autores, quanto pela sanção (facticidade), em virtude do seu descumprimento, potencializando a função de integração social.

Seguindo o raciocínio esposado, é elucidativo o seguinte pensamento de Jürgen Habermas (HABERMAS, 2003, v. I, p.212):

> [o direito é] médium para transformação do poder comunicativo em administrativo. Por isso, é possível desenvolver a ideia do Estado de Direito com o auxílio de princípios segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado novamente em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado.

Assim, a única fonte de legitimidade de uma norma seria o consenso oriundo do seu processo de elaboração – produzido por indivíduos no mundo da vida –, que exige uma relação especial entre liberdades privadas subjetivas e autonomia do cidadão, pois o Direito seria o médium da tensão entre facticidade e a validade, o que nos impõe analisar de forma mais profunda o *modus operandi* de sua formação no universo da teoria do discurso.

Assim, ponto de apoio fundamental para o direito no seio da sociedade moderna, seria a constante busca por sua legitimidade. Essa preocupação não foi negligenciada pelo direito positivo, uma vez que, existem meios de alterar a ordem vigente para manter a validade das normas presentes.

No entanto, é fundamental nos debruçarmos sobre o instituto da desobediência civil, pois segundo estudiosos como John Rawls e Jürgen Habermas, trata-se de uma manifestação contra legal diferente da simples violação das normas objetivas. Seria para eles uma forma de garantir a contínua busca pela legitimidade dos ordenamentos jurídicos modernos, ou seja, mais um instrumento para concretizar esse desiderato.

Habermas define a desobediência civil diferenciando-a da mera desobediência alegando que "quem se decide pela desobediência civil não quer se dar por satisfeito com que estejam esgotadas as possibilidades de revisão institucionalmente previstas, dado o alcance de uma regulamentação considerada ilegítima". Logo, é ponto central nesse estudo explorar a ligação da desobediência civil com a ideia de legitimidade do Estado moderno, que em nada se confunde com a mera legalidade.

Para cumprir esse objetivo, estabelecemos já na introdução uma diferenciação entre legalidade e legitimidade que irá nos permitir explorar a visão de John Rawls e Jürgen Habermas sobre a desobediência civil e a legitimidade do Estado moderno. Por fim, iremos discutir a qualidade da resposta estatal em caso de desobediência, pois seria interessante para

um Estado democrático de direito maduro tratar distintamente a violação normal do ordenamento jurídico de uma violação que visa corrigir o déficit de legitimidade, que culmina, em última instância, num déficit democrático.

A metodologia utilizada neste artigo é a de análise de conteúdo teórico e filosófico de estruturas que normalmente circundam a nossa realidade, como é o caso da desobediência civil. No entanto, não se busca desenvolver um trabalho meramente descritivo, pois o objetivo é entender e criticar a realidade institucional sob a qual estamos submetidos para que a partir daí possamos alterá-la.

2 A DESOBEDIÊNCIA CIVIL SOB O ASPECTO DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

John Rawls, conhecido como o filósofo moral americano, influenciou e continua influenciando todas as discussões que permeiam a construção de um estado democrático de direito mais igualitário e com uma distribuição de renda eficaz. Para demonstrar sua sofisticada teoria da justiça, o americano vale-se da metáfora conhecida como "véu da ignorância". Essa criação pressupõe que uma sociedade justa seria aquela que se alicerça em acordos sociais formados pelos participantes sem que esses saibam qual será sua posição social. Assim, pela impossibilidade de saber o que será destinado a cada pessoa, elas só aceitariam o que for justo, ou seja, não aceitariam nenhum acordo injusto motivado por interesses pessoais.

A hipótese do véu da ignorância de Rawls permite a construção de princípios justos porque todos sabem que serão submetidos a estas normas confeccionadas, mas não sabem seu lugar exato na sociedade, a quantidade de bens que possuirão, se pertencerão a uma minoria ou não, se suas habilidades serão ou não valorizadas pela sociedade, ou seja, é uma situação que permite que todo o consenso formado seja justo.

Esta concepção de justiça apresenta profundas diferenças em relação à proposição habermasiana que será apresentada, no entanto, podemos apontar aprioristicamente que ambas são proposições procedimentais. O procedimento aqui se baseia na crença de que todos devem gozar da mesma representatividade no momento de construção das normas sociais, bem como estarem vendados pelo "véu da ignorância".

Assim, para John Rawls seu conceito de justiça será universal justamente por não apresentar um conteúdo fixo pré-estabelecido, e sim determinar como o mesmo deve ser

produzido em cada sociedade. A justiça, "reside na forma como a sociedade distribui direitos e deveres", nas palavras de Rawls: "Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social" (RAWLS, 1997, p.400).

Em sua obra "Uma teoria da justiça" o americano apresenta de forma cristalina sua compreensão sobre a desobediência civil (RAWLS, 1997, p.401): "Uma ação pública, não violenta, determinada pela consciência moral, mas contrária a lei, que deve suscitar de hábito uma modificação das leis ou da política governamental".

Comentado esta definição, Jürgen Habermas nos alerta que para Rawls três condições devem ser satisfeitas para que a desobediência civil seja legítima em um Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 2015, p.133): "o protesto tem que de dirigir-se contra os casos bem circunscritos de injustiça grave; as possibilidade de influencias legais promissoras tem que estar esgotadas; e as atividades da desobediência não podem assumir uma extensão que ameace o funcionamento da ordem constitucional".

Os requisitos apontam para uma definição meticulosa do que o autor entende por desobediência civil, pois, se a sua premissa de um estado justo, construído sob a igualdade de participação e pelo véu da ignorância, as normas seriam legítimas, sendo uma agressão a própria legitimidade as desobedecer. Assim, mesmo reconhecendo a dificuldade prática que diferencia a desobediência civil de uma simples violação das normas postas, Rawls aponta que é crucial compreender a motivação do ato, pois para se enquadrar na hipótese de desobediência civil não se pode ter objetivos políticos e sim motivos de cunho moral, religioso, ou seja, de sentimentos que desejam construir uma sociedade mais justa para a coletividade e não uma busca de um grupo pelo exercício do poder político.

Sobre essa possibilidade explica Rawls (RAWLS, 1997, p.400):

> O problema da desobediência civil, como eu entendo, surge apenas em um Estado Democrático mais ou menos justo, para cidadãos que reconhecem a constituição. O problema consiste em um conflito de deveres. Em que ponto o dever de sujeitar às leis acertadas por uma maioria legislativa (ou às ações do poder Executivo, apoiadas por ela) não é mais obrigatório, em vista do direito de defender sua liberdade e o dever de resistir contra a injustiça? Essa questão toca no sentido e nos limites da regra da maioria.

Logo, o cerne do problema afasta-se da simples discussão acerca do instituto da responsabilidade civil, pois a preocupação é equacioná-lo em um estado democrático de

Direito maduro. Neste contexto específico, acredita o filósofo americano que é uma forma específica de purificar as leis de injustiças. No entanto, apesar de todo seu apreço teórico em relação à desobediência civil, acredita que em virtude do positivismo, ou seja, do dogma jurídico da supremacia da lei, o instituto da desobediência civil danifica a sua aplicação como mais uma das normas positivadas na medida em que se manifesta contra parte de um todo a qual pertence.

Por isso, "quem promove a desobediência civil no Estado de Direito coloca em jogo, junto com a paz jurídica, uma das conquistas culturais supremas e mais vulneráveis. Ele levanta o machado sobre a democracia" (HABERMAS, 2015, p.135). A saída proposta por Rawls para este argumento é determinar que a desobediência civil é uma "pedra de toque para a compreensão adequada do fundamento moral da democracia" (HABERMAS, 2015, p.135). Assim, diante dos riscos de sua implementação formal, ela deve ser reservada para uma das formas de mobilização da opinião pública com o intuito de alteração da realidade jurídica.

3 A PERSPECTIVA HABERMASIANA EM RELAÇÃO À DESOBEDIÊNCIA CIVIL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Jürgen Habermas demonstra um colossal interesse pela desobediência civil, não por uma relação passional com os casos onde o instituto foi empregado no curso da história humana, e sim por sua potencialidade de aumentar o patamar de legitimidade de um Estado Democrático de Direito. Não é por outro motivo que a pergunta que introduz a discussão sobre o assunto é: "Porque justificar a desobediência civil no Estado Democrático de Direito e justamente nele?" (HABERMAS, 2015, p.135).

A proposta habermasiana extrapola o campo jurídico positivo e envereda por um campo próprio da filosofia do direito. Esta realocação teórica permite enxergar a importância e os problemas da desobediência civil de uma forma diversa da apresenta por John Rawls. O ponto de partida apresentado pelo membro da escola de Frankfurt para iniciar a sua argumentação é de profunda vinculação com a legitimidade e a normas jurídicas. Assim Habermas se manifesta no sentido de que:

> O problema de que se trata só pode surgir quando partirmos do fato de que o Estado constitucional moderno tanto carece como é capaz de uma justificação moral. Eu parto da pretensão de legitimação do estado de direito, extremamente alto: ele exige de seus cidadãos que reconheçam a ordem jurídica não por medo das penas, mas de moto próprio. A lealdade à lei deve resultar de um reconhecimento com

> discernimento, e por conta disso, voluntário daquela pretensão normativa à justiça que toda ordem normativa levanta. Esse reconhecimento se apoia normalmente no fato de que uma lei foi discutida, decidida e expedida pelos órgãos constitucionais. Com isso, à lei alcança validade positiva e define o que conta como comportamento legal em seu domínio de validade. Isso é o que chamamos de validação por meio do procedimento (HABERMAS, 2015, p.136).

A concepção trazida por Habermas tem como característica fundamental a possibilidade de todos os assuntos serem questionados, criticados. Uma vez que se caracteriza por um procedimento, e não por uma forma, as possibilidades são infinitas, permitindo que se traga para os holofotes das discussões públicas não apenas as respostas a eventuais questionamentos, mas também quais perguntas devem ser realizadas. Estamos, assim, diante de uma disputa que tem como regra a não violação da realização do procedimento discursivo público que contrapõe argumentos racionais com a finalidade de formação de consensos. O princípio do discurso para Habermas seria a base de sustentação de um direito legítimo apto a responder às demandas típicas das sociedades modernas complexas. A legitimidade deriva do procedimento que permite a todos os interessados exercerem sua autonomia privada, forjando, por meios de consensos, a autonomia pública, que, por sua vez, confere legitimidade à autonomia privada.

Nesses termos, o procedimento que viabiliza o desenrolar do discurso é o meio necessário para que a racionalidade comunicativa desabroche. Exaltando as possibilidades acalentadas pela adoção do paradigma procedimentalista, Luiz Moreira (MOREIRA, 2004, p. 182) faz a seguinte observação:

> A teoria discursiva não privilegia um direito formal (Estado Liberal) tampouco um direito material (Estado Social), pois não se atém a padrões dados, mas à constituição de uma liberdade comunicativa que assegura o perpetuar-se da criação do ato jurídico como processo constituinte permanente.

No entanto, não estamos diante de um procedimento que aceita qualquer tipo de formulação, uma vez que "o Estado constitucional moderno só pode esperar de seus cidadãos a obediência às leis se e na medida em que se apoiem em princípios dignos de reconhecimento, a cuja luz o que é legal pode ser considerado ilegítimo" (HABERMAS, 2015, p.136). Nesse sentido, Habermas reforça a importância de dissociar legitimidade e legalidade.

Não é por outro motivo que o primeiro questionamento empreendido nas "tanner lactuers" de Jurgen Habermas é se existe possibilidade de legitimidade por meio da

legalidade: "Wie ist legitimität durch legalität möglich?" [1]. Assim, é elementar identificarmos com clareza o que as ciências política e jurídica entendem por legalidade e legitimidade. Essa distinção nos auxiliará na correta compreensão e conexão entre os termos investigados, o que facilitará a busca por uma resposta acerca da indagação inicial.

Apesar da importância que a legalidade recebeu durante a história da humanidade, como nos casos da "isonomia dos antigos gregos, a supremacia da lei (rule of law) da tradição inglesa, o Estado de Direito (rechtstaat) da doutrina alemã do direito público do século passado", sua maior expressão se encontra vinculada à existência do Estado moderno. De acordo com Max Weber, a legalidade fez com que o Estado moderno:

> fosse organizado como uma grande empresa, mediante a expropriação e a avocação dos meios que nos Estados precedentes pertenciam propriamente àqueles que estavam investidos de funções públicas, isto é, naquela forma de poder que denomina de legal ou racional, e que, diferentemente do poder tradicional e do carismático, recebeu sua legitimação do fato de ser regulado por leis, e exercido de acordo com essas leis (apud BOBBIO, 1984, p. 80).

A legalidade deve ser entendida nessa concepção como um atributo e um exercício do poder. De acordo com o mapeamento histórico, esse princípio não seria o responsável por retirar o atributo de discricionariedade das normas, mas possui o condão de evitar "exercício arbitrário, isto é, os atos fundamentados num julgamento exclusivamente moral" (BOBBIO, 1984, p. 79). Assim, o princípio da legalidade no Estado moderno pode ser responsabilizado pela edificação de dois valores fundamentais: a segurança (certeza) e a igualdade formal. A primeira contribuição garante a previsibilidade, salvaguardando os indivíduos de arbitrariedades, ao passo que o segundo evita favorecimento e perseguições de caráter pessoal, pois as leis estariam escoradas em prescrições gerais e abstratas.

A legitimidade, assim como a legalidade, é um conceito carregado de significados, carente de uma determinação sobre qual enfoque será analisado. Por isso, cabe ressaltar, como fez Lúcio Levi (LEVI, 1984. p. 83) que

> legitimidade tem dois significados – um genérico, o outro específico. No primeiro sentido legitimidade é quase um sinônimo de justiça, ou de razoabilidade (fala-se, assim, da legitimidade de uma decisão, de uma posição assumida, etc.). O sentido específico ocorre na linguagem política: neste contexto, o referente mais frequente do conceito é o Estado.

Debruçar-nos-emos sobre o segundo aspecto, pois é o significado mais preciso do termo. A legitimidade seria, assim, um adjetivo atribuído ou não à atuação estatal. Nesse

[1] Tradução do autor: Como é possível a legitimação por meio da legalidade?

sentido, pode-se dizer que um ato estatal foi legítimo se goza de um consentimento por parte dos administrados que acarrete obediência sem que seja necessário colocar as baionetas à rua, ou seja, sem a necessidade do uso da força.

Dessa feita, um Estado de direito moderno não pode conviver com a concepção de que a legitimidade está inserida de forma simples na concepção de legalidade, "não podendo exigir nenhuma obediência incondicional de seus cidadãos ao direito, mas apenas uma obediência qualificada pela legitimidade" (HABERMAS, 2015, p.137).

Assim, um estado permeado pela legitimidade procedimental e substancial só pode conviver com a desobediência civil dentro de seus próprios limites. Em outras palavras, o que se expõe é que não é possível tolerar que uma atitude individual aniquile escolhas legítimas tomadas pela coletividade. É necessário, para que seja legítima, que não configure um ato de combate ou resistência face à ordem legal legitimamente instituída. Deve funcionar como uma espécie de apelo publicitário dentro dos limites tolerados pela ordem legitimamente instituída, com a finalidade de identificar a existência de desvios no sistema, ou seja, de normas que eram legítimas e que não mais são ou mesmo de normas que violaram o processo de criação e carregam em si uma ilegitimidade.

Nesse sentido afirma Jürgen Habermas (HABERMAS, 2015, p.137):

> A possibilidade de justificar a desobediência civil resulta para ele somente da circunstância das regulações legais poderem ser ilegítimas mesmo no Estado Democrático de Direito, no entanto, ilegítimas não segundo os critérios de uma moral privada qualquer, de um direito especial ou de um acesso privilegiado da verdade. São decisivos somente os princípios morais convincentes para todos, nos quais o Estado constitucional moderno funda a expectativa de ser reconhecido por seus cidadãos.

Assim, de forma alguma a desobediência civil pode ser encarada como uma hipótese de ruptura da ordem constitucional vigente, não sendo um caso de não direito (*Unrechtsordnung*), e sim uma forma ordinária de questionar a ordem normativa existente. Isso tudo porque a ordem normativa é um processo de longa duração que é construído com base em erros, resistências e derrotas, e a desobediência civil seria mais um instrumento social para concretizar o ideal contrafático de um Estado moderno legítimo.

Habermas nos alerta que não podemos imaginar que o processo de aprendizagem se esgotou e estamos vivendo sob um perfeito mundo legal, constituído por normas dotadas de legitimidade, por isso deixa claro "que não é lícito nos sentir como meros herdeiros felizes" (HABERMAS, 2015, p.138). O Estado de direito em seu todo aparece, dessa perspectiva

histórica, não como um construto acabado, mas como empreendimento sustentável, vulnerável, voltado seja para produzir, conservar, renovar ou ampliar, sob circunstâncias cambiantes, uma ordem jurídica legítima. Visto que esse projeto é inconcluso, também os órgãos constitucionais de modo algum se excetuam dessa suscetibilidade.

A desobediência civil ganha relevo dentro desta articulação entre a legitimidade e a legalidade de um determinado estado justamente porque o dissabor da injustiça e, consequentemente, da ilegitimidade aparece primeiro para os mais explorados no Estado moderno. De forma popular, representa-se essa situação com o dito popular de que a corda sempre arrebenta para o lado mais fraco. Assim justifica Habermas:

> são os fatigados e os aflitos os primeiros a experimentarem na própria carne a injustiça. Aqueles que são os primeiros a sentir a injustiça não são dotados, via de regra, de autoridade ou qualquer chance privilegiada de influir- seja por meio da pertença aos parlamentos, aos sindicatos e aos partidos, seja pelo acesso à mídia de massa, seja por meio do potencial de ameaça dos que podem acenar com uma greve de investimentos durante campanhas eleitorais (HABERMAS, 2015, p.40).

Desta feita, a desobediência civil passa a representar a última e única possibilidade que este cidadão excluído empreenda dentro do Estado democrático de direito uma luta pela legitimidade. "A pressão plebiscitaria da desobediência civil representa frequentemente a ultima possibilidade de corrigir os erros no processo de realização do direito ou colocar em marcha algumas inovações" (HABERMAS, 2015, p.40).

Temos a impressão que as causas de revisão constitucional e infralegais em nosso ordenamento fossem suficientes para munir o ordenamento de legitimidade. No entanto, a invisibilidade institucional exclui a possibilidade de sua utilização por parte da sociedade, o que impede a formação de uma ordem legal legítima. Assim, a transgressão dos excluídos na forma de uma desobediência civil deve ser enxergada como uma experiência moralmente fundamentada na necessidade constante pela busca da legitimidade.

Para pensarmos em um Estado realmente legítimo temos que pensar na legitimidade oriunda de todos e não apenas de um grupo da sociedade, por isso, se a constituição representativa falha diante dos desafios que afetam os interesses de todos, o povo, na figura de seus cidadãos e também dos cidadãos em particular, tem de poder lançar mão dos direitos originários do soberano. O Estado democrático de direito depende, em ultima instância, desse guardião da legitimidade (HABERMAS, 2015, p.141).

O ponto em questão é que diferentemente do que propõe John Rawls, para a visão de estado proposta por Jürgen Habermas, a desobediência civil não é um mecanismo de exceção e por isso utilizado a conta gotas, pois ele pode ser visto como mais um mecanismo ordinário de fortalecimento da legitimidade, visto como um dos principais mecanismos de luta institucional pelos menos favorecidos. O que não é admitido é esgarçar o ordenamento construído de forma legítima por uma visão moral pessoal, ou seja, a possibilidade de garantir o desrespeito de forma institucionalizada por meio da desobediência civil.

No entendimento de Gilvan Luiz Hansen (HANSEN, 2010):

> O papel da desobediência civil no Estado democrático de direito é o de medida extrema utilizada para pôr em evidência uma situação de crise, isto é, de déficit de legitimidade, resultante de um fechamento do processo decisório do centro em relação à periferia da esfera pública. O ato de desobediência civil atualiza a relação do princípio do discurso com a forma do direito, em que este institucionaliza juridicamente processos comunicativos que evidenciam os princípios basilares do Estado democrático de direito. A desobediência civil é, por isso, direito fundamental à consolidação de uma democracia procedimental. Ela funciona, no âmbito da esfera pública, como uma espécie de sensor a captar qualquer patologia ou anormalidade no que tange à legitimidade das normas, das decisões e das ações na sociedade. Essa concepção da desobediência civil e do direito estabelece as diretrizes paradigmáticas do Estado democrático de direito, através da definição dos pressupostos de uma abertura da democracia para a justificação a partir de razões diversas do tipo ético, moral e pragmático, a integração necessária entre esferas pública e privada, a relação de interdependência entre soberania popular e direitos humanos, e, por último, o vínculo da política com o direito. Desse modo, a desobediência civil se configura como um direito fundamental a ser preservado, senão na forma da Constituição, ao menos enquanto elemento viabilizador de legitimidade social por vias comunicativas.

A desobediência civil assim, sob a perspectiva da teoria procedimental de Jürgen Habermas, é uma forma de evidenciar e problematizar situações ou construções normativas que carecem de legitimidade. Em outras palavras, é uma forma dos excluídos terem acesso ao centro das discussões politicas decisórias, permitindo que o todo seja representado no estado democrático de direito, e não apenas uma a parcela social que goza do acesso aos meios de alterações das normas jurídicas.

4 A DESOBEDIÊNCIA CIVIL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ponto crucial da avaliação da desobediência civil no Estado democrático de direito é determinar quando estamos diante da aplicação do instituto ou se é caso um escudo para o descumprimento de normas legais legítimas. Sempre é uma situação delicada empreender essa distinção, pois há falta do distanciamento histórico para afirmarmos de forma cabal se

estamos diante de uma contravenção à ordem ou de uma luta para mobilizar a coletividade para aniquilar um vício legitimidade. Para Habermas (HABERMAS, 2015, p.141) "a desobediência civil se move frequentemente na penumbra da história da época; essa penumbra dificulta a avaliação política e moral para o contemporâneo".

Assim, mesmo que alguém afirme que seu desiderato é transmutar uma norma supostamente prevista pela coletividade necessariamente não será uma hipótese de desobediência civil. Em certos casos será apenas um equívoco moral que pretende ser escusado por meio de uma máscara alegoricamente denominada desobediência civil. "Os loucos de hoje nem sempre são os heróis de amanhã; mesmo amanhã, muitos permanecem os loucos de ontem" (HABERMAS, 2015, p.141). O crucial é determinar um procedimento ou mesmo quem deve ser o responsável por decidir entre um simples descumprimento legal e a hipótese da desobediência civil.

Nesse sentido,

> os infratores das regras tem de examinar sem reservas se a escolha de meios espetaculares é realmente adequada à situação e se não surge apenas de convicções elitistas ou de impulsos narcisistas, portanto, de uma arrogância. Por outro lado, o Estado tem de abster-se igualmente de um juízo de natureza histórica e ainda guardar respeito por aqueles que hoje agem ilegalmente e que amanhã permaneçam no não direito. Ele pode renunciar o quanto antes a esgotar o seu potencial de sanção, visto que a desobediência civil não pode colocar em questão a existência e o sentido da ordem jurídica em seu todo (HABERMAS, 2015, p.142).

Logo, diante da desobediência civil existem os defensores da legalização da desobediência civil e os que repudiam tal prática. Os defensores da legalização do instituto dizem que o seu acolhimento legal pode ser admitido sob o manto do direito de manifestação, no caso brasileiro de matriz constitucional. As outras hipóteses para quem protege a postura legalista são os defensores da criação de requisitos legais para sua adoção.

No entanto, os contrários a essa ideia asseveram um primeiro efeito colateral:

> o efeito inesperado da normalização. Se todo risco pessoal desaparece, o fundamento moral do protesto que infringe as regras torna-se inquestionável; também se desvaloriza o seu efeito de apelo. A desobediência civil tem de permanecer em suspenso entre a legitimidade e a legalidade; só assim ela sinaliza o fato de que o Estado democrático de direito aponta, com seus princípios constitucionais legitimadores, para além de todas as formas de sua incorporação jurídico-positiva (HABERMAS, 2015, p.143).

Um Estado moderno que pretende uma legitimidade madura não pode institucionalizar a luta contra as normas instituídas. Seria uma forma de deslegitimar a luta pela legitimidade por novas formulações jurídicas do ordenamento. A desobediência, como a

última fronteira de luta em prol da legitimidade deve permanecer latente para que o ideal contrafático de legitimidade seja incansavelmente almejado pelo Estado democrático. Nas palavras de Jürgen Habermas (HABERMAS, 2015, p.144) a desobediência civil deve "fazer parte de um acervo irrenunciável de uma cultura política madura".

Alguns autores, em virtude da anormalidade típica da desobediência civil e de sua importância para garantir a constante busca pela legitimidade das normas de um Estado democrático de direito, advogam a tese de que a responsabilidade penal em virtude da violação legal decorrente da desobediência civil deva receber uma resposta estatal diferente da comum. "Em todo caso, porém, os tribunais deveriam fazer conhecer que a desobediência civil não é um delito usual. O Estado democrático de direito não se esgota em sua ordem legal" (HABERMAS, 2015, p.144).

Jürgen Habermas se posiciona no sentido de que

> para o caso de excepcional fracasso da constituição representativa, ele coloca sua legalidade à disposição daqueles que então podem ainda cuidar de sua legitimidade. Saber quando esse caso é dado não é algo que, logicamente, possa depender de novo das constatações de um órgão constitucional. A desobediência civil tira sua dignidade da pretensão de legitimação do Estado democrático de direito, fincada em um patamar elevado. Se os advogados públicos e os juízes não respeitarem essa dignidade, se perseguem o infrator de regras como criminoso e lhe impõem penas usuais, eles decaem em um legalismo autoritário. Com conceitos de uma compreensão convencional do Estado, oriunda de relações jurídicas pré-modernas, eles acabam desconhecendo e encurtando os fundamentos morais e a cultura política de uma coletividade democrática desenvolvida (HABERMAS, 2015, p.144).

A desobediência civil deve estabelecer uma ponte com o consenso constitucional vislumbrado pelos valores de uma determinada comunidade. Assim, o instituto não pode ser confundido com qualquer hipótese de imposições de certezas privadas. É nessa medida, que podemos perceber que o instituto não viola a ordem imposta, mas pelo contrário, impede que a prática legal descumpra os princípios fundamentais da ordem constitucional. Martim Luther King, "ao se posicionar contra a dominação escravagista e a violação dos direitos humanos, não absolutizava suas convicções privadas, mas reclamava os princípios constitucionais vigentes" (HABERMAS, 2015, p.145). Hoje seria impensável admitir a persecução penal para as atitudes contra legais do líder do movimento negro americano, ou seja, não é com o rigor penal que se trata os combatentes pela legitimidade.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo teve por finalidade analisar criticamente o instituto da desobediência civil pela lente de dois importantes teóricos da atualidade, John Rawls e Jürgen Habermas. Além de trabalhar aspectos conceituais do instituto, o objetivo foi examinar a matriz da desobediência civil sob dois importantes aspectos fundantes do direito, a legalidade e a legitimidade. A partir desse diagnóstico é possível traçar e estabelecer condições para que se distinga a desobediência civil de uma afronta qualquer à lei posta. Habermas e Rawls, apesar de reconhecerem a importância e alcance do instituto, discordam de alguns pontos como o reconhecimento e o tratamento legal da desobediência civil.

Ainda que a desobediência civil seja encarada apenas como mais um mecanismo ordinário de fortalecimento da legitimidade ou como um instrumento extraordinário de luta contra injustiças, é preciso ter cuidado para que sob o disfarce de desobediência civil seja admitido afrontar a ordem jurídica erguida de forma legítima em defesa de uma visão moral pessoal. Não se pode acolher de forma institucionalizada o desrespeito do sistema normativo legítimo por meio da desobediência civil.

Mais que defender ou atacar a adoção e legalização da desobediência civil pelo nosso ordenamento, o propósito é analisar de maneira crítica o que o instituto pretende alcançar e se o intento da desobediência civil é ou não defender de fato a plena legitimidade. Mais do que estabelecer os critérios para identificação da desobediência o que se pretendeu foi chamar a atenção para a linha tênue entre transgredir pela luta por legitimidade e defesa de uma visão de mundo particular por meio da violação e negação de um diploma legal.

Outra importante análise que se perfaz é com relação ao cerne do Estado democrático de direito, o Estado constitucional maduro não pode se prender ao mero legalismo e perseguir os violadores da legalidade estrita, pois o mais importante é garantir a efetiva legitimidade. Lançar mão da coerção estatal contra o guardião da legitimidade é o mesmo que determinar que o Estado atue simplesmente em nome da legalidade. A tensão entre facticidade e validade quando tutelada não pode ser coibida, portanto, o ideal não é rechaçar e reprimir a prática.

6 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Legalidade. In: Curso de introdução à ciência política. Un. IV. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 1984.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre a facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. V.II.

_____. A nova obscuridade: pequenos escritos políticos. Tradução: Luiz Repa. 1 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenira M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HANSEN, Gilvan Luiz. FACTICIDADE E VALIDADE DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO GARANTIA DA JUSTIÇA E DA DEMOCRACIA. 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3359.pdf> Acesso em: 20 de jul. 2015.

LEVI, Lúcio. Legitimidade. In: *Curso de introdução à ciência política*. Un. IV. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 1984.

MOREIRA, Luiz. Fundamentação do Direito em Habermas. Belo Horizonte: co-edição de Mandamentos Livraria e Editora e Fortlivros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia um guia para a leitura de Habermas.* São Paulo: Malheiros, 2008.

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas.In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia um guia para a leitura de Habermas.* São Paulo: Malheiros, 2008.