

**SOBRE O DEVER DE CUMPRIR O ORDENAMENTO
JURÍDICO E A ATUAÇÃO DO JUIZ: UMA ANÁLISE DA
DESOBEDIÊNCIA CIVIL DE RONALD DWORKIN BASEADA
NA INTEGRIDADE**

ON THE DUTY OF OBEY THE LAW AND THE JUDGE'S
ACTION: AN ANALYSIS OF RONALD DWORKIN'S CIVIL
DISOBEDIENCE BASED ON INTEGRITY

Paulo Henrique Resende Marques*
Adriano Sant'Ana Pedra**

* Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória-ES (FDV). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, ES, Brasil. Advogado. resende.marques@hotmail.com.

**Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Vitória, ES, Brasil. Procurador Federal. adrianopedra@fdv.br.

Como citar: MARQUES, Paulo Henrique Resende; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Sobre o dever de cumprir o ordenamento jurídico e a atuação do juiz: uma análise da desobediência civil de Ronald Dworkin baseada na integridade. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p 128-139, jan/jul, 2020. ISSN: 2596-0075.
<https://doi.org/10.48159/revistadoidcc.v5n1.marques.pedra>

Resumo: O artigo objetiva defender a possibilidade de o juiz praticar um ato de desobediência civil quando uma norma válida for contrária a questões de consciência. Serão expostas as três modalidades de desobediência civil segundo Ronald Dworkin (baseada na integridade, na justiça e na política). Apenas o primeiro tipo de desobediência civil poderia ser aplicada pelo magistrado, pois, ao mesmo tempo em que a desobediência civil ocorre contra leis inválidas (de tal maneira que um juiz teria poder para não aplicá-las ao exercer um controle de constitucionalidade, não sendo, então, desobediência), a baseada na integridade ocorre por questões pessoais de consciência, sendo que o fato de a convicção pessoal de alguém proibir determinada conduta legal independe do poder que a emanou. Serão mostrados alguns conceitos de Dworkin para justificar a desobediência civil pelo juiz, mas não para entendê-la como uma atitude ideal, já que este autor é contrário à discricionariedade judicial.

Palavras-chave: desobediência civil; magistrado; leis válidas; consciência pessoal.

Abstract: This article aims to defend the possibility of the

judge practicing an act of civil disobedience when a valid norm is contrary to personal issues of conscience. Will be exposed the three forms of civil disobedience (based on integrity, justice and politics). Only the first type of civil disobedience could be applied by the magistrate, since at the same time civil disobedience occurs against invalid laws (in such a way a judge would have the power to not apply them when exercising a constitutionality control, not being, disobedience) the disobedience based on integrity is due to personal issues of conscience, and the fact that someone's personal conviction prohibits certain legal conduct is independent of the power that emanated it. It will show some concepts of Dworkin to justify civil disobedience by the judge, but not to understand it as an ideal attitude, since this author is contrary to judicial discretion.

Keywords: civil disobedience; judge; valid laws; awareness.

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar os tipos de desobediência civil estabelecidos por Ronald Dworkin, fazendo uma relação sobre a possibilidade de o magistrado operar, no exercício de suas funções, uma dessas modalidades.

Após abordar os três tipos de desobediência (baseada na integridade, na justiça e na política), fica claro que elas são voltadas para leis inválidas (inconstitucionais), o que impediria que um juiz pudesse aplicá-la, já que se está diante de um controle de constitucionalidade ou mera interpretação constitucional.

Porém será exposta fundamentação que permitirá que a primeira (apoiada na integridade) possa ir contra leis válidas (como as decorrentes do poder constituinte originário). Assim, será estudado se neste caso o magistrado pode vir a praticar um ato de desobediência civil, já que sua consciência pessoal proíbe o determinado por algum comando normativo.

Deve ficar claro que, apesar do artigo utilizar ideias de Dworkin, não está se afirmando ser ele um defensor da desobediência civil pelo juiz, tanto que será mostrada posição contrária desse estudioso à discricionariedade.

O que se pretende é expor que, conforme conceitos de Dworkin, o descumprimento pelo juiz de uma norma válida pode ser justificado (atenuando sanções, porém não deixando de estarem presentes) quando se der por razões de consciência pessoal (desobediência civil baseada na integridade), o que seria diferente de violações por outros motivos.

1. DOS TIPOS DE DESOBEDIÊNCIA CIVIL EM RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin estabelece três tipos gerais de desobediência civil (2000, p. 157-158). A primeira é a desobediência baseada na integridade, que ocorre quando alguém comete uma desobediência civil em razão de sua consciência, suas convicções morais. Menciona, como exemplo, a transgressão por questões morais da Lei americana do Escravo Fugitivo, que sancionava quem ajudasse um escravo em fuga que solicitasse ajuda (DWORKIN, 2000, p. 157).

O segundo tipo (baseado na justiça) seria a insubordinação legal em virtude de oposição a “uma política que consideravam injusta e alterá-la, uma política de opressão de uma minoria pela maioria” (DWORKIN, 2000, p. 157). Cita as violações, pelos negros, da lei americana que os impediam de sentar em balcões comerciais juntamente com os brancos.

O terceiro tipo de desobediência (baseada na política) não envolve questões morais nem de justiça, não estão relacionadas, necessariamente, com interesses de domínio de uma maioria sobre uma minoria, mas, sim, que “a maioria fizera uma escolha tragicamente errada do ponto de vista comum, não só do ponto de vista dos seus próprios interesses, mas do de todos os demais” (DWORKIN, 2000, p. 158).

1.1. DA EXCLUSIVIDADE DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL CONTRA NORMAS INVÁLIDAS E A QUESTÃO DA PROIBIÇÃO DE CONSCIÊNCIA

Aqui há um problema quando se aplica o conceito de desobediência acima ao magistrado, pois, ao mesmo tempo em que Dworkin menciona a desobediência civil por questões de convicções morais, ele afirma que ela é um mecanismo contra leis inválidas (inconstitucionais), em especial contra leis de validade duvidosa; considerando isso, qual seria a consequência de uma lei prevista na redação originária da Constituição (e, portanto, válida) ir contra a consciência pessoal de um juiz?

No âmbito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de não adotar a mesma teoria que Otto Bachof (1994), vale dizer, de possibilidade de normas constitucionais (originárias) inconstitucionais.

Com efeito, veja-se abaixo a vinculação que Dworkin faz entre desobediência civil e leis inválidas (inconstitucionais):

Certamente, quase todos os que discutem a desobediência civil reconhecem que, nos Estados Unidos, uma lei pode ser inválida por ser inconstitucional. Pelo menos nos Estados Unidos, quase todas as leis a que um número significativo de pessoas seria tentado a desobedecer por razões morais são também duvidosas – quando não claramente inválidas – por razões constitucionais. A Constituição torna nossa moral política convencional relevante para a questão da validade. Qualquer lei que pareça comprometer essa moral levanta questões constitucionais, e se esse comprometimento for grave, as dúvidas constitucionais também serão graves (2002, p. 318).

A *princípio*, conforme a citação acima, um magistrado não poderia realizar a desobediência civil no exercício de suas funções pois: a) se a norma é inválida o juiz não está sendo desobediente, mas fazendo um juízo constitucional; b) se a norma é válida, e portanto constitucional, como as normas emanadas pelo poder constituinte originário¹, não seria cabível desobediência civil (pelo menos pelo conceito acima).

Pode-se enxergar uma exceção ao tópico “b” do parágrafo acima na hipótese de um magistrado que entenda como contrária à sua consciência o cumprimento de determinada norma

1 O Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela impossibilidade de norma do poder constituinte originário ser inconstitucional: “A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias, dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras, é incompatível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1996. ADI 815/DF. Tribunal Pleno. Rel. Moreira Alves. DJ 10.05.1996).

que esteja prevista na redação originária da Constituição, como a pena de morte em caso de guerra declarada (alínea “a”, do inciso XLVII, do artigo 5º da Constituição da República), a inelegibilidade do analfabeto (§ 4º do artigo 14 da Constituição da República), ou ainda a proibição de greve para bombeiros e policiais militares (inciso IV do § 3º do artigo 142 da Constituição da República). Lembrando que na desobediência baseada na integridade “a lei exige que as pessoas façam o que sua consciência absolutamente proíbe” (DWORKIN, 2000, p. 159).

Ora, questões de consciência de uma pessoa vão além, e, de certa forma independem do poder responsável por emaná-la (poder constituinte originário, poder constituinte reformador, poder legislativo ordinário...). Assim, tem-se que analisar com mais cautela a situação de uma norma válida ir contra as convicções morais de um juiz.

De fato, no exemplo acima da pena de morte no caso de guerra o juiz não precisaria necessariamente aplicar uma “desobediência”, pois nos crimes previstos no Código Penal Militar sancionados com pena de morte, há uma gradação na pena, que vai de prisão à morte. Assim, bastaria ao magistrado sempre aplicar o grau mínimo. No que pese isso, este exemplo possui importância, haja vista que o juiz deixaria de realizar uma real valoração da gravidade da conduta do militar apenado.

Partindo para um exemplo mais teórico, porém adequado para os fins de aplicação neste artigo, analisa-se a hipótese da consciência de um magistrado proibir condenar alguém a uma pena de restrição da liberdade, no sentido de que um juiz pode considerar contra suas convicções morais sentenciar alguém a um regime prisional fechado, levando em conta (embora independente disso) a situação do nosso atual sistema carcerário.

Não está se falando aqui em o magistrado aplicar alguma teoria que possa levar a absolvição, como um princípio da insignificância², por exemplo, mas, sim, o juiz reconhecer que há fato típico, ilícito e antijurídico e, ainda assim, contrariando a determinação legal, deixar de aplicar a pena de prisão prevista.

Ainda que nossa Lei de Execução Penal preveja uma série de direitos aos presos³ (embora na prática saibamos que eles não são cumpridos), um magistrado pode entender que qualquer forma de obrigar alguém a cumprir uma pena de prisão é imoral (embora formalmente constitucional).

Ou seja, o juiz, ao deixar de aplicar uma pena de prisão (de forma genérica), não estaria fazendo um controle de constitucionalidade – se isso fizesse, não seria desobediência, pois ele possui competência para realizar o controle de constitucionalidade incidental (MARINONI, 2012, p. 55).

Quando há eventual permissão de liberdade eletronicamente monitorada em prisão domiciliar por falta de vagas em unidades prisionais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2016. RE 641320/RS. Tribunal Pleno. Rel. Gilmar Mendes. DJ 11.05.2016), não ocorre uma desobediência civil, mas um julgamento de constitucionalidade; não da lei penal em si, mas da forma como ela estava

2 “Em razão do princípio da proporcionalidade, não se justifica que o direito penal possa incidir sobre comportamentos insignificantes” (QUEIROZ, 2010, p. 60).

3 “Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.”

sendo aplicada, ou seja, violando direitos fundamentais dos condenados. Aqui está se averiguando a possibilidade de negativa de prisão de uma forma ampla (independente de circunstâncias fáticas).

A conclusão até aqui, então, é de que haveria justificativa para o magistrado realizar desobediência civil apenas no caso da desobediência por questões de integridade, por envolver questões de consciência pessoal. As demais desobediências (baseada na justiça e na política) não caberia ao juiz no exercício de suas funções caso este tenha convicção da validade da norma (como já ressaltado, Dworkin relaciona desobediência civil com leis inválidas (DWORKIN, 2002, p. 318).

A razão da “justificativa” mencionada acima de desobediência civil baseada na integridade mesmo no caso de certeza da validade da norma é que, como já mencionamos, nesse caso “sua consciência, o proíbe de obedecer” (DWORKIN, 2000, p. 157). Como é uma questão de consciência, independeria da validade da norma.

1.2 DA “DESOBEDIÊNCIA DISFARÇADA” DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Não se nega aqui que pode ocorrer, pelo magistrado, uma “desobediência” baseada na justiça, por exemplo, porém revestida de interpretação constitucional. Abaixo é citado um exemplo de um julgado para ficar mais claro (não se discutirá aqui se o julgamento violou ou não a Constituição, apenas será mostrado que há posicionamento contrário à sua possibilidade).

O §3º do artigo 226 da Constituição da República cita que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Pela redação acima o poder constituinte originário apenas reconheceu a união estável entre o homem e mulher, não reconhecendo, pelo menos literalmente, outras formas de união. Das três desobediências analisadas, a mais adequada para esse caso seria a baseada na justiça (pois se pode argumentar que é uma política injusta contra uma minoria).

Nota-se que foi utilizado o termo “mais adequada” no parágrafo acima porque o enquadramento de uma situação dentro dessas três formas de desobediência possui carga de subjetividade, como, aliás, reconhece Dworkin:

Há um perigo evidente em qualquer distinção analítica que, como esta, repousa em diferenças de estados de espírito. Qualquer movimento ou grupo político incluíra pessoas de crenças e convicções muito diferentes. Tampouco as convicções de uma pessoa irão ajustar-se com precisão a categorias preordenadas. A maioria dos que protestaram contra a guerra norte-americana no Vietnã, por exemplo, acreditava que a política de seu governo era *simultaneamente* injusta e tola. Não obstante, a distinção entre tipos de desobediência civil (e as distinções adicionais que traçarei) são úteis e importantes porque nos permitem fazer perguntas hipotéticas mais ou menos da seguinte maneira. Podemos tentar identificar as condições em que os atos de desobediência civil seriam justificados se as convicções e motivos dos agentes fossem aqueles associados a cada tipo de desobediência, deixando a questão adicional de determinar se seria plausível considerar que as convicções

em jogo numa determinada ocasião incluem convicções desse tipo. (2000, p. 157).

Voltando ao exemplo, o Supremo Tribunal Federal não declarou a inconstitucionalidade do §3º do artigo 226 da Constituição da República, mas realizou uma interpretação constitucional de que ele abarcaria uniões estáveis homoafetivas. Utilizou como fundamentação, dentre outras, as seguintes premissas: a) proibição de preconceito decorrente do inciso IV, do art. 3º da Constituição da República; b) inexistência de vedação expressa de união homoafetiva na Constituição; c) direito à preferência sexual extraído do princípio da dignidade da pessoa humana; d) o Supremo Tribunal Federal possui competência “para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2016. ADI 4277/DF. Tribunal Pleno. Rel. Ayres Britto. DJ 05.05.2011). Cabe pontuar a dificuldade de extrair uma fundamentação central desse julgado, pois foram adotados diversos fundamentos pelos ministros.

O fato de ser utilizado esse julgado como exemplo se dá porque há quem entenda que houve, ao invés de uma interpretação constitucional, uma verdadeira violação da Constituição da República (podendo estar presente uma “desobediência civil disfarçada”, embora, tecnicamente, não seria uma desobediência civil, pois pela ideia exposta neste artigo ela só seria possível contra leis válidas, no caso de desobediência baseada na integridade – por questões de consciência –, mas não na baseada na justiça).

Lenio Streck foi um dos críticos desse julgamento do STF:

Uma coisa é o STF decidir nos espaços que decorrem das omissões (in) constitucionais e dos problemas de (in) compatibilidade entre leis infraconstitucionais e o texto da Constituição. No caso em pauta, é a Constituição que estabelece um limite semântico-pragmático.

A questão que preocupa, portanto, na decisão do STF, é o tipo de interpretação conforme feita pelo STF. Primeiro, não seria uma interpretação conforme e, sim, no modo como dito pelo Min. Ayres Brito, uma *Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung* (nulidade parcial sem redução de texto); segundo, como fazer uma interpretação conforme (sic) de uma lei que diz exatamente o que diz a Constituição? Levemos o texto da Constituição a sério, pois. Como se sabe, a “fórmula” da ICC é: este dispositivo somente é constitucional se interpretado no sentido da Constituição...!

[...]

Como se vê, há (houve) apenas uma justificativa para a decisão: a justeza da causa. Neste ponto, estaria de acordo. Nunca neguei que a causa fosse (e é) justa. Só que há tantas outras causas justas no Brasil e nem por isso o STF faz (ou fez) esse tipo de “atravessamento hermenêutico”. (STRECK, 2011)

Extrai-se, então, as seguintes possibilidades: diante de uma lei inválida um juiz não realizaria desobediência, mas controle de validade; diante de uma norma válida (como as emanadas pelo poder constituinte originário), pode-se argumentar a desobediência baseada na integridade

(conforme fundamentado acima), mas não a baseada nas outras duas modalidades.

Caso um magistrado opte por assumir uma postura expressa de desobediência apoiada na justiça ou política, não seria, tecnicamente, uma “desobediência civil”, mas um desafio à própria ordem constitucional vigente.

Obviamente que a importância desse conceito é mais acadêmica, pois na prática bastaria o magistrado *roupar* essa “desobediência” de uma interpretação constitucional (foi, conforme os que discordam do julgado, o que o Supremo Tribunal Federal fez ao permitir a união estável homoafetiva com base no §3º do artigo 226 da Constituição da República).

Feitas essas reflexões, veja-se as hipóteses de condutas que Dworkin menciona frente a leis claramente inválidas ou duvidosas.

2. DAS POSSIBILIDADES DE CONDUTAS FRENTE A NORMAS CLARAMENTE INVÁLIDAS OU DUVIDOSAS

Dworkin estabelece três hipóteses de condutas relativas à desobediência de uma lei: a) obedecer fielmente o comando legal; b) cumprir a norma até que um órgão jurisdicional decida em sentido contrário em relação ao sujeito (ou numa decisão que o atinja); c) continuar desobedecendo à lei mesmo após o mais hierárquico tribunal jurisdicional do país (no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal) confirmar sua validade (DWORKIN, 2002, p. 322-323).

Caso seja aplicada essas três hipóteses de Dworkin ao caso de uma norma válida que vá contra a consciência de um magistrado, surge um problema no sentido de que não haveria a chance de um tribunal julgar a invalidade da lei (termo utilizado por Dworkin), pois está se partindo da premissa que ela seja constitucional.

Mas isso não seria um entrave, pois Dworkin adota o terceiro modelo, que independe da declaração de invalidade pelo Tribunal. Veja-se:

se a matéria em discussão afetar os direitos individuais ou políticos fundamentais, e se for possível argumentar que a Suprema Corte cometeu um erro, um indivíduo não extrapolará os limites de seus direitos sociais ao se recusar a aceitar essa decisão como definitiva. (2002, p. 325-328)

Percebe-se, então, que o melhor, conforme Dworkin, é que a desobediência não esteja vinculada ao texto da norma nem ao julgamento de validade de tribunais sobre elas, mas, sim, “deve seguir sua própria interpretação da lei, mesmo julgando que os tribunais vão provavelmente se posicionar contra ele” (2002, p. 328).

Claramente que a desobediência civil pelo magistrado teria como consequências apenas aspectos funcionais, em razão da própria atividade jurisdicional. A questão é que é necessário separar os atos do juiz de descumprimento de leis válidas por questões de consciência dos demais descumprimentos de leis válidas. Neste artigo defende-se que somente na primeira hipótese seria

desobediência civil, sendo que, em Dworkin, no caso de desobediência civil, as sanções podem ser atenuadas, de tal maneira que as citadas consequências funcionais ao juiz podem ser relativizadas, como, por exemplo, não influenciar na promoção por merecimento. Assim, se manifesta Dworkin sobre esta atenuação:

Se os atos da dissidência continuam a ocorrer depois de a Suprema Corte estabelecer que as leis são válidas ou que a doutrina da questão política é aplicável, então, nestes casos, a absolvição com base nos fundamentos que descrevi já não é mais apropriada. A decisão da Corte não terá decidido o sentido da lei de uma vez por todas – pelas razões mencionadas anteriormente – mas ela terá feito todo o possível para decidi-lo. Os tribunais, porém, podem continuar a exercer seu poder discricionário de sentenciar e impor penas mínimas ou de suspender os efeitos das sentenças, como uma manifestação de respeito pela posição dos dissidentes. (2002, p. 340)

Feitas essas reflexões, será exposto adiante a crítica de Dworkin à discricionariedade, de tal forma que, realmente, o desrespeito de leis reconhecidamente válidas pelo magistrado não seria uma situação ideal, mas, como fundamentado neste artigo, procura-se justificar esse descumprimento no caso de conflito com a consciência pessoal do magistrado.

3. DA CRÍTICA À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM A DESOBEDIÊNCIA

Deve-se deixar claro que não está se falando que Dworkin seria favorável a desobediência civil (baseada na integridade) pelo magistrado, até porque ele é um crítico da discricionariedade. Geovany Cardoso Jeveaux, ao sintetizar algumas ideias de Dworkin, afirma que:

os direitos são preexistentes a qualquer decisão estatal sobre eles, de modo que a sua origem não está na decisão judicial, mas em decisão política passada que os institui; [...] o que explica que *os juízes não podem ter* poderes discricionários, sob pena de violação de direitos que eles não devem alterar, precisamente porque preexistentes (JEVEAUX, 2008, p. 264),

O que está sendo defendido é que esse descumprimento legal pelo magistrado, por questões de consciência, no exercício de suas funções, poderia possuir certa “justificativa”, o que não ocorreria nos outros casos de violações, pelo juiz, de leis expressamente declaradas válidas (como normas constitucionais originárias), situação na qual, não estaríamos diante de uma desobediência, mas sim, diante de um afronta à própria ordem constitucional, já que “a desobediência civil envolve aqueles que não desafiam a autoridade de maneira tão fundamental”. (DWORKIN, 2000, p. 155).

Repita-se, não está se afirmando neste artigo que Dworkin defende uma desobediência civil pelo magistrado, mas, sim, utilizando um elemento do conceito de desobediência civil com

base na integridade deste estudioso, está se justificando o descumprimento de leis válidas pelo magistrado por motivos de consciência pessoal. Porém, novamente, não se nega aqui a ideia de Dworkin de que, pelo princípio da integridade no julgamento, “os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma [...]”. (2003, p. 203).

Podemos, então, depreender que o ideal é que o juiz julgue conforme a integridade. Gustavo Binjenbojm explica esse conceito de Dworkin:

A integridade a que se refere Dworkin significa sobretudo uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado. (BINENBOJM, 2010, p. 85).

Pode ocorrer que mesmo um magistrado buscando uma coerência em sua sentença, se valendo de princípios que podem ser extraídos da ordem constitucional, chegar a uma decisão que vai contra sua consciência pessoal (como a pena de morte em caso de guerra declarada), hipótese em que se pode argumentar ser um ato de desobediência civil, o que seria diferente do descumprimento de uma norma reconhecidamente válida por outro motivo, caso em que não seria tecnicamente um ato de desobediência, o que influenciaria nas consequências do descumprimento, conforme mostrado anteriormente.

4. DO DEVER FUNDAMENTAL DE CUMPRIR AS NORMAS JURÍDICAS JUSTAS

Cabe neste momento mostrar o conceito de dever fundamental aqui adotado:

Dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas ponderadas àqueles submetidos a uma determinada ordem política, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de assegurar direitos fundamentais a ele correlacionados.⁴

Atente-se que o conceito menciona “categoria jurídico-constitucional”, ou seja, é preciso que o dever fundamental seja extraído da Constituição da República, vale dizer, “é necessária uma previsão constitucional (*fundamentalidade formal*) acerca dos deveres fundamentais, pois estes devem ser estabelecidos por normas com força jurídica própria da supremacia constitucional”. (PEDRA, 2015, p. 1136).

A Constituição brasileira, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de

4 Conceito cunhado coletivamente pelos membros do Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, coordenado pelos professores Adriano Sant’Ana Pedra e Dauray Cesar Fabriz, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, II), determina que todas as pessoas têm o dever de cumprir as obrigações estabelecidas pela Constituição, pelas leis e pelas autoridades constituídas. Com efeito, o dever fundamental de cumprir as normas jurídicas é um dever pressuposto do próprio ordenamento jurídico. Mas o dever não alcança o cumprimento de normas injustas.

Conforme já foi mencionado, a desobediência civil pelo magistrado só ocorre frente a normas válidas (como as emanadas pelo poder constituinte originário) e quando sua consciência pessoal veda a prática do ato previsto da norma.

Foi visto acima o aspecto formal do dever fundamental (necessitar de ser derivado da Constituição). Há, ainda, um caráter material desse dever, qual seja, “suprir as necessidades básicas essenciais de uma pessoa – de si, de outrem ou da coletividade – e volta-se à defesa e promoção de direitos fundamentais” (PEDRA, 2015, p. 1137). O cumprimento de uma norma injusta jamais atenderá esse desiderato.

Como está se abordando questões de consciência para fundamentar a desobediência, tem-se que ela estaria protegendo não só um direito fundamental do próprio desobediente, mas também direito fundamental de outrem ou de um grupo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, assim, que a figura da desobediência civil pelo magistrado só estaria presente na hipótese de descumprimento de normas válidas (pois, se inválidas, seria um controle de constitucionalidade) e por motivos de consciência pessoal (uma vez que somente a desobediência civil baseada na integridade possui essa característica, sendo que o fato de uma conduta normativa ser proibida pelas convicções individuais do juiz independe da origem da norma – se poder constituinte originário, poder constituinte derivado ou legislativo ordinário).

Nas outras hipóteses de descumprimento de normas constitucionais pelo juiz, pode-se argumentar uma violação à própria ordem constitucional, não sendo uma desobediência civil, pois, como já afirmado, “a desobediência civil envolve aqueles que não desafiam a autoridade de maneira tão fundamental”. (DWORKIN, 2000, p. 155).

A importância dessa diferenciação – descumprimento de normas válidas pelo juiz por razões de consciência (desobediência civil) de violações dessas normas por outros motivos – está na flexibilidade das consequências (que, como visto, fica restrita a questões funcionais), podendo haver uma atenuação no caso de desobediência civil.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e*

instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2016. *ADI 4277/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Ayres Britto. DJ 05.05.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jun. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1996. *ADI 815/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Moreira Alves. DJ 10.05.1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jun. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2016. *RE 641320/RS*. Tribunal Pleno. Rel. Gilmar Mendes. DJ 11.05.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

JEVEAUX, Geovany Cardos. *Direito constitucional: teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Solidariedade e deveres fundamentais da pessoa humana. In: BUSTAMANETE, Thomas; GALUPPO, Marcelo; GONTIJO, Lucas; LOPES, Mônica Sette; SALGADO, Karine (Org.). *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*. Belo Horizonte: Initia Via. 2015. p. 1133-1148.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: parte geral*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio. 2011. *Sobre a decisão do STF (uniões homoafetivas)*. Disponível em: <<http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>>.

Recebido em:05/06/2020

Aprovado em :26/06/2020