

340.1
P1720

X

**BIBLIOTHECA DA FACULDADE DE DIREITO
DO RECIFE**

OBRA
VOLUME

N.

11863

CLASSIFICAÇÃO

OBSERVAÇÕES

Philosophia do Direito
340.1

P172

EXTRACTO

DO REGIMENTO INTERNO DA FACULDADE
DE DIREITO DO RECIFE.

ART.º 92º - Os livros, revistas, jornaes, brochuras e manuscritos da Bibliotheca não poderão, sob pretexto algum, ser retirados para leitura fóra do estabelecimento.

ART.º 93.º - No salão de deposito dos livros somente é permitido o ingresso aos Professores e Empregados da secção. Os Chefes e Empregados de outras, os estudantes e o publico em geral serão attendidos no salão de leitura, mediante pedidos impressos que lhes fornecerão os Empregados de serviço.

ART.º 95º - Ao Bibliothecario incumbe:

5) observar e fazer observar este Regimento e o Decreto n.º 16792 A, mantendo rigorosamente a ordem, o silencio e o respeito em todas as secções da Repartição a seu cargo;

6) communicar immediatamente ao Director qualquer facto anormal que se dê em sua Repartição.



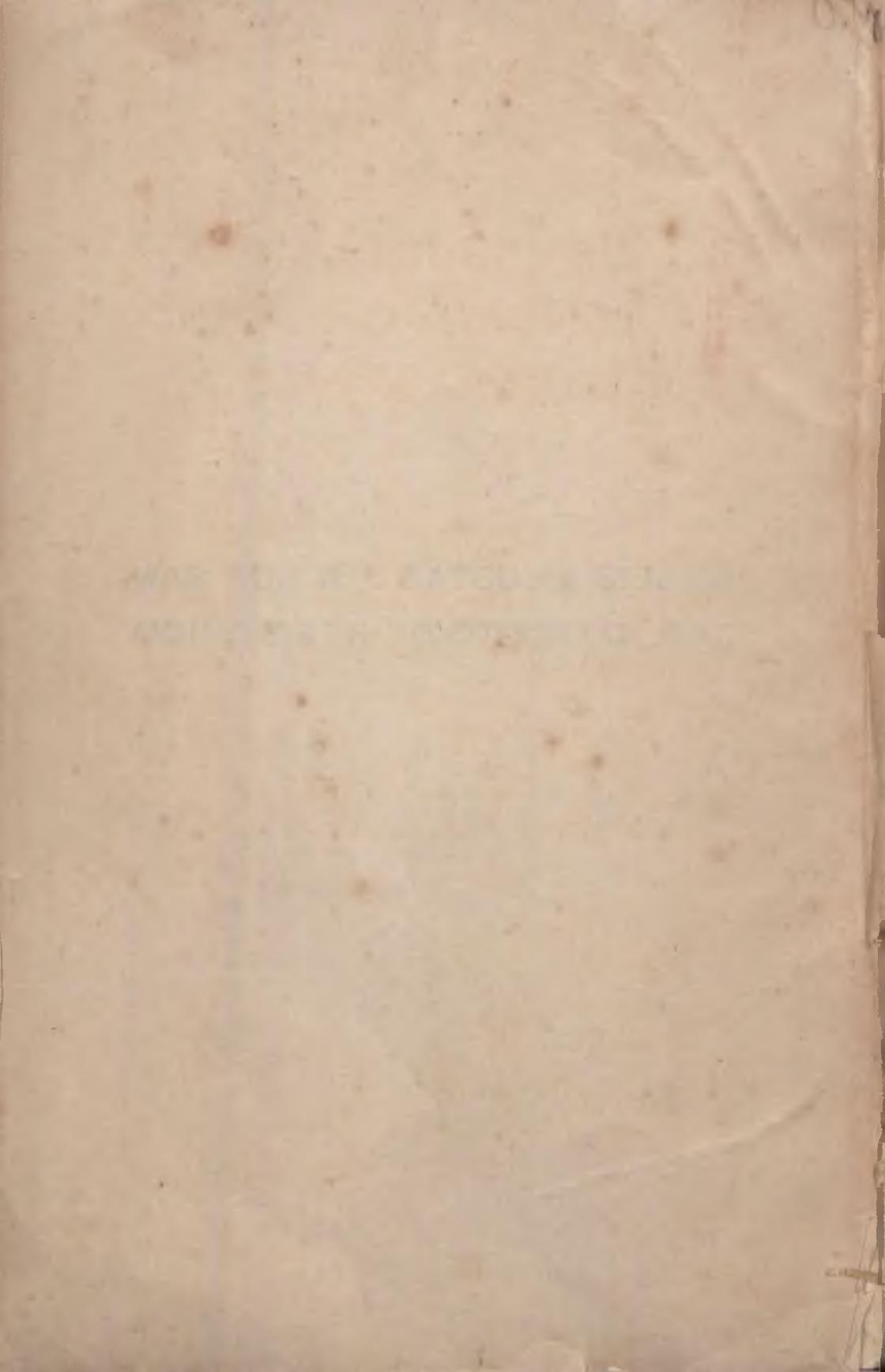
11863



20

**AS LEIS INJUSTAS E A SUA SAN-
ÇÃO. O DIREITO DE RESISTENCIA.**

THE HISTORY OF THE
CITY OF BOSTON



AS LEIS INJUSTAS E A
SUA SANÇÃO. O DIREI-
TO DE RESISTENCIA.

Tese apresentada á Faculdade
de Direito do Recife, para con-
correr a cadeira de "Intro-
dução á Ciencia do Direito".

POR

PEDRO LINS PALMEIRA

(Bacharel em Direito e Advogado)



-IMPRESA INDUSTRIAL-

78-R. Visc. de Itaparica-82

.....RECIFE-1933.....

AS LEIS INDUSTRIAIS
SUA APLICAO O BRASIL
DO DE REGISTRO

UNIVERSIDADE DO RECIFE
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA

AL.

F 527		
17	10	1949

O problema das leis injustas

O problema da resistencia ás leis injustas não é novidade para quem se dedica a estudos de filosofia juridica. Problema classico, foi ardentemente discutido pelos teologos e filosofos da Edade Média.

Posteriormente, varias causas contribuíram para que essa questão perdesse, de algum modo, o interesse com que vinha sendo tratada, até que, com o renascimento do direito natural, ou do idealismo juridico, e as transformações sociaes, sobrevindas em consequencia da guerra mundial, voltou a ser vivamente discutida.



HISTORICO

I — Socrates, ensinando que a obediencia ás leis do Estado era sempre, e de todo o modo, um dever, e ainda que o bom cidadão era obrigado a seguir tambem as leis más para não estimular a violação das bõas pelos maos, é considerado como o primeiro filosofo que se preocupou com essa questão. E ele proprio pôz em pratica os principios que ensinava, quando acusado de haver introduzido novos deuses e corrompido a mocidade, e injustamente condenado por estes supostos delitos quiz, não obstante, que se executasse a sentença, afrontando serena e voluntariamente a morte que teve ao seu alcance evitar.

Combatendo o direito de resistencia, Socrates, aliás, refletia as idéas do seu tempo, onde não havia lugar para um conflito entre a consciencia individual e a consciencia coletiva, entre o individuo e o Estado. O individuo, na Grecia antiga, como em Roma, pertencia inteiramente ao seu grupo, sua familia, seu Estado, que podia dispôr, livre-

mente, dos bens, da liberdade, da vida dos seus membros, regulando-lhes até a sua crença. Na antiguidade, observa Fustel de Coulanges (1), o homem nem mesmo tinha a idéa da liberdade individual, tão convencido estava de que contra a cidade e os deuses não podia ter direitos. Sabemos que foi o Christianismo que pela primeira vez opôz o individuo ao Estado, a consciencia á Lei, no dia em que foram pronunciadas estas memoraveis palavras: “Dae a Cesar o que é de Cesar, e a Deus o que é de Deus”, embora, defendendo o individuo contra o Estado, o entregasse á sua Egreja, não admitindo conflito possivel entre ele e esta.

II — Os teologos e filosofos da Edade Média foram, positivamente, os primeiros que discutiram o problema da resistencia ás leis injustas.

Baseados no *pactum subjectionis*, sustentavam o direito de resistencia, desde que o soberano violasse as obrigações que contraíra. Alguns mesmo iam mais longe, admitindo a legitimidade do tiranicidio.

John Salisbury, filosofo escolastico, por exemplo, que foi o primeiro teologo a esposar essa doutrina, sustentava que “matar um tirano era não só permitido, mas ainda uma acção *aequum et iustum*”.

Jean Petit, tambem teologo catolico, pronunciando a defesa do Duque de Borgonha que, em 1408, assassinara o Duque de Orleans, irmão do rei

(1) — *La cité antique* — pag. 269.

Carlos VI de França, sustentava, por sua vez, “que aquele, longe de merecer castigo, deveria antes ser premiado por ter morto um tirano, visto como era licito, louvavel e meritorio a morte de um tirano, sobretudo quando esse ato fosse praticado por um parente do rei”.

Esta doutrina, não obstante formalmente condenada pelo Concilio Ecumenico, reunido em Constança em 1414, em virtude de denuncia apresentada por Gerson, chanceler da Universidade de Paris, foi ainda defendida por Boucher e pelos demais demagogos da “Liga”, — celebre associação catolica fundada pelo Duque Henrique de Guise, na França, em 1586, — que com John Salisbury e Jean Petit, justificavam a legitimidade do tiranicidio como um instrumento de guerra politico-religiosa.

Juan Mariana, jesuita espanhol, foi outro teologo catolico que se ocupou do tiranicidio, aliás sob o ponto de vista puramente teorico. Um livro que publicou em 1603 — *De rege et regis institutione* — tornou o seu nome famoso e comprometeu por muito tempo a ordem dos jesuitas, apesar de sua condenação por Aquaviva, geral da Ordem.

Neste livro sustentava Mariana que “quando o povo é completamente espoliado do direito que lhe deve assistir de castigar um máo principe, e, desde que este nunca deve ficar sem castigo, resta o recurso do tiranicidio”.

Essa doutrina, entretanto, não era aceita pela maioria que, apenas, sustentava o direito de resis-



tencia ás leis injustas, distinguindo tres especies: a passiva, a defensiva e a ativa ou agressiva.

A resistencia passiva consiste na não execução da lei ou do ato considerado injusto, enquanto não se fôr obrigado pela força; a defensiva, em repelir a violencia pela violencia, quando se pretenda executar uma lei injusta ou um ato contrario ás leis justas, editadas pelo soberano; e a agressiva ou ativa, que é a ofensiva organizada contra a injustiça, é a insurreição, é a revolta, é a rebelião, tendo por fim forçar a retirada ou a não aplicação da lei ou do ato considerado injusto, ou mesmo a deposição do soberano.

Quanto a resistencia passiva era unanimemente considerada legitima e, em certos casos, até mesmo como um dever, pelos que admitiam o principio. Quasi unanime eram tambem as opiniões em se tratando da resistencia defensiva. Relativamente á resistencia ativa ou agressiva, surgiram serias controversias que só cessaram, pelo menos quanto aos teologos catolicos, depois da opinião emitida pelo maior teologo da Egreja e um dos maiores filosofos de todos os tempos. São Tomaz de Aquino, nos dois trechos que se seguem de sua notavel obra "*Sumula theologica*" :

“Le gouvernement tyrannique n'est pas juste, n'étant pas ordonné au bien public, mais au bien particulier du gouvernant, comme le montre Aristote, au livre III, de la *Politique*, chapitre V, et au livre VIII de *L'Éthique*, chapitre X. Et aussi le

renversement de ce régime n'a pas le caractère d'une sédition, hors le cas où le renversement se ferait avec tant de désordre qu'il entrainerait pour le pays plus de dommages que la tyrannie même. Mais c'est bien plutôt le tyran qui est séditieux, en entretenant discordes et séditions dans le peuple qui lui est soumis, afin de pouvoir plus sûrement le dominer."

"Autre chose est la rébellion, autre chose la résistance aux lois injustes et à leur exécution. Car quand une violence évidemment injuste est exercée par ceux qui détiennent la puissance légitime, le cas est "semblable à celui d'une violence exercée par des brigands"... Et ainsi, de même qu'il est permis de résister aux brigands, de même il est permis en pareil cas de résister aux mauvais princes, si ce n'est peut-être qu'il y ait à éviter le scandale, ou à craindre quelque grave perturbation" (2).

III — O direito de resistencia tambem era conhecido pelos teologos protestantes.

Hubert Languet, num panfleto intitulado "*Vindicae contra tyrannos*", defende, categoricamente, o direito que tem o povo de não só recusar obediencia ao principe que viola seus deveres, como mesmo de destituí-lo.

Outra não era a opinião de Pierre Jurieu, ferrenho adversario de Bossuet (3), quando em suas "*Chartes pastorales*" escrevia o seguinte: "Le salut

(2) — A. D'ALES — *Dictionnaire Apologétique de la Foi Catholique* — Tome II, pags. 1057 e 1058.

(3) — Bossuet, como é sabido, era contrario ao direito de resistencia, doutrina considerada a mais sabia por um teologo catolico do seculo passado, o sulpiciano Carriere,

et la conservation du peuple sont la suprême loi; donc nous devons nous régler, dans l'obéissance qu'on doit aux souverains, sur ce qui fait la conservation de la société et l'on peut résister à quelque chose qui la détruit”.

Théodore de Beze, um dos chefes do partido calvinista de França, e, mais tarde, com a morte de Calvino, chefe supremo, foi além de Langnet e Jurieu que não admitiam a legitimidade do tiranicídio, embora reconhecessem, como dissemos, o direito de resistência, sustentando em um pequeno livro publicado em 1547 e intitulado “*Du droit des magistrats sur les sujets*”, semelhante princípio, embora o restringindo aos tiranos sem títulos.

IV — No fim do século XVII, o filósofo inglês Locke, elabora “o princípio do direito misterioso das revoluções”, no seu livro “*Essay on civil government*”.

E' importante salientar, como fez Duguit, que Locke afirma o direito de resistência não só contra o poder executivo, como contra os abusos e as usurpações do legislador, representante do povo, que como o próprio rei está subordinado a leis superiores. E contra a objeção de que o povo, assim, tornava-se culpável de rebelião, escrevia o seguinte :

“Le peuple en changeant le pouvoir législatif élève lui-même le plus fort rempart contre la rébellion, car les vrais rebelles sont ceux qui violent les lois.” “Celui qui emploie le premier la force contre le droit se met par la même en état de guerre avec

celui qu'il attaque; des lors, tous les liens, tous les engagements sont rompus; tout autre droit cesse, hors le droit de se défendre. C'est au peuple qu'il appartient de juger s'il a été offensé par un pouvoir auquel il a donné commission".

Notavel foi a influencia exercida em França, pelas teorias de Locke. E no seu livro, traduzido para o francez, logo após a sua publicação, e não no "*Contrat Social*", como geralmente se pensa, foi que se inspiraram os autores da "*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*", onde, pela primeira vez, foi solenemente consagrado o principio da resistencia ás leis injustas sob o nome de "resistencia á opressão".

Efetivamente, a Revolução Franceza incluiu a "*resistencia a opressão*" entre os direitos publicos individuaes, quando, em 20 de Agosto de 1789, foi adctado, definitivamente, pela Assembléa Constituinte, o artigo 2.º da "*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*": "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont: la liberté, la propriété, la sureté et la *resistance á l'oppression*."

Esta declaração que continha 17 artigos serviu de preambulo a Constituição de 1791.

A Constituição de 1793 tambem continha uma declaração com 35 artigos, dos quaes os 3 ultimos, eram consagrados ao direito de resistencia, tambem

ali considerado entre os direitos publicos individuaes.

“Art. 33: La résistance á l’oppression est la conséquence des autres *droits de l’homme*.”

“Art. 34: Il y a oppression contre le corps social lorsqu’un seul de ses membres est opprimé.

“Art. 35: Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l’insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs.”

A “resistencia a opressão” suprimida da Constituição do Ano III pelo “fato de importar num grande perigo e dar lugar a muitos abusos”, não mais appareceu expressamente nas Constituições francezas.

A nossa Constituição Federal de 24 de Fevereiro de 1891, inspirada na Constituição dos Estados Unidos da America do Norte que, como as Constituições francezas, contem uma Declaração de Direitos em 10 artigos, não enumerou entre os direitos assegurados a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no paiz a “resistencia á opressão” (Art. 72 da Constituição Brasileira).

CONCEITO DA LEI INJUSTA

A solução do problema da resistencia ás leis injustas requer, preliminarmente, uma determinação exata do seu conceito.

O conceito da lei injusta envolve o grave e complexo problema da validade das normas jurídicas. Já não é a sua eficacia ou o seu valor de *fato*, que depende do valor tecnico ou científico das regras de direito que se visa apurar. São as suas proprias condições intrinsecas, a sua força obrigatoria, a sua conformidade á ordem jurídica, o seu valor *em direito* ou a sua *validade*, em suma.

E' claro que esta distinção entre validade e eficacia das regras de direito, nenhum significado tem para a corrente dos juristas sociologos, que pensam ser a representação do sentimento jurídico da conciencia coletiva ou da massa dos individuos, a unica regra de direito existente. A ineficacia da regra legal, costumeira ou jurisprudencial demonstra, justamente, que exprime mal aquele sentimento, o que lhe ocasiona até a propria perda do nome de regra jurídica.

Mas, esta, no fundo como na fórmula, não pôde ser reduzida ao sentimento da coletividade ou da massa, interpretando ou refletindo as exigencias da solidariedade social. Além disso, essa concepção da norma jurídica encerra um grave perigo para a autoridade do direito, porque seria muito facil provocar e organizar a desobediencia ás regras jurídicas para taxa-las ilegítimas por não corresponderem áquelle sentimento. Semelhante consequencia, como muito bem acentúa J. Dabin, vae de encontro ao bom senso e ás mais elementares necessidades da vida social :

“Si la règle n’a pas d’autre mesure de sa force obligatoire que l’attitude de ceux qui lui désobéissent — fussent-ils relativement nombreux — la notion même d’ordre normatif disparaît et, avec elle, la notion d’ordre social: en fait comme en droit, c’est le triomphe de l’anarchie” (4).

E’ incontestavel que a ordem jurídica está submetida á lei do successo. Mas, a inefficacia da norma jurídica em nada altera a sua validade e o dever de submissão ás suas prescripções, desde que para a validade especifica do *Soll* da norma, a realização do seu fim é cousa de pouca importancia.

Se para os juristas-sociologos nenhum significado tem a distincção citada, muito menos terá para os que sustentam que o Direito é a Lei, concepção esta que igualmente deve ser regeitada, porque

(4) — J. DABIN — La Philosophie de L’Ordre Juridique Positif — pag. 636.

a lei não é senão um instrumento ao serviço do direito, exatamente como o contrato, si bem que um instrumento privilegiado.

“Si o direito fosse a lei, escreveu L. Duguit, não mereceria um minuto de atenção.”

Só mesmo para a corrente dos juristas metafísicos, que consideram a lei simplesmente como uma manifestação, um modo de expressão do direito, tem significado aquela distinção. Sendo para eles a norma jurídica tributaria da noção do *bem comum*, é a sua *validade* o que mais lhes interessa, e não a sua *eficacia* que, como dissemos, depende do seu valor científico ou técnico.

Mas, será injusta toda a lei contraria ao bem comum ou deve ser o conceito da lei injusta restrito a uma categoria especial de leis contrarias ao bem comum?

Incontestavelmente, a regra jurídica que, em vez de produzir o bem comum, causa á coletividade o *mal comum*, volta-se contra a sua propria finalidade e torna-se, por isso mesmo, e neste sentido, injusta. Isto quer o mal infringido á coletividade seja de ordem moral ou de ordem simplesmente material.

Entretanto, o criterio do bem comum realizado ou do rendimento social das leis, perfeito em teoria, torna-se praticamente inapplicavel e mesmo mortal para a sociedade, de vez que deixa larga margem á apreciação individual. Como muito bem disse J. Dabin, não basta que uma lei produza efeitos prejudiciaes á sociedade para que cesse a sua valida-

de. “C’est que le critere du bien commun réalisé ou du rendement social des lois est, á la fois, trop vague et trop peu catégorique pour fournir aux citoyens une lumière, et á l’ordre social des garanties, dans le départ á faire entre les règles obligeant sans conteste et celles qui autoriseraient une suspicion legitime” (5).

Sendo o criterio do bem comum, que seduz pela sua objetividade, praticamente inaplicavel, onde buscar outro criterio que ofereça a vantagem indispensavel, sob o ponto de vista da disciplina social, da firmeza e da precisão, embora menos adequado e menos universal?

Será no da conformidade da lei a um principio superior de direito, como preconiza o mais autorizado representante da corrente dos juristas-sociologos, L. Duguit?

Sabe-se, com efeito, que Duguit considera injusta, ou contraria ao direito, conforme sua terminologia, toda lei formal que contenha uma disposição contraria, seja a um principio de direito superior, tal como é percebido pela consciencia coletiva, seja a uma disposição inscrita na Declaração dos direitos, seja, enfim, a uma disposição da lei constitucional rigida, nos paizes que, como a França e os Estados Unidos, adotaram essa hierarquia de leis.

Mas, a solução proposta pelo chefe da escola realista que, sem mais, declara “sem valor”, “sem força obrigatoria”, toda lei contraria a um princi-

(5) — J. DABIN — Op. cit., pag. 671.

pio de direito superior, é inaceitavel. O criterio de uma lei injusta dependente de sua conformidade áquele principio, tal como é percebido pela consciencia da massa, é além de vago, perigoso para a sociedade. Nada mais inconciente do que essa consciencia coletiva.

Inaceitavel tambem é o criterio dos formalistas, que fazem depender a justiça das leis da legitimidade da autoridade de que emanam, por isso que não é arbitraria e sim funcional a autoridade dos governantes (6).

Pensamos com J. Dabin, que o unico criterio satisfatorio é aquele que sempre tem sido proposto e que aliás deu o nome á materia (*leis injustas*), isto é, o da conformidade da regra juridica aos principios da moral.

Injusta é, assim, toda a regra juridica contraria ás normas da moralidade.

E' certo que a eficacia das leis não se aquilata pela sua moralidade, e sim pela soma de bem comum que proporcionam; e, se é verdade que uma lei immoral só faz causar danos á coletividade, não menos verdade é que existem leis irrepreensiveis sob o ponto de vista da moral, mas, que produzem efeitos nefastos quanto ao bem comum, economico, politico,

(6) — Ce qu'il faut encore affirmer, c'est que toute autorité sur autrui constitue une fonction et non un pouvoir arbitraire; le bon exercice de cette fonction est le moyen le plus certain que l'autorité soit librement consentie et qu'ainsi se réconcilient autorité et liberté. — L. LE FUR — *Droit individuel et droit social* — pag. 305, in "Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique", vols. III-IV, 1931.

científico, ou mesmo do bem comum moral, v. g., a “lei sêca”, hoje quasi totalmente revogada.

Adotando-se o criterio da moralidade que, apesar de suas interferencias, é formal e materialmente distinto do criterio do rendimento social das leis, é certo que toda essa categoria de leis, incontestavelmente más sob o ponto de vista juridico, porém, irrepreensiveis quanto ao moral, escapa necessariamente, a toda discussão concernente á sua validade e força obrigatoria, enquanto que, pelo criterio do bem comum realizado ou do rendimento social das leis, seriam atingidas, não somente as leis moraes, (por isso mesmo anti-juridicas), como tambem qualquer outra lei anti-juridica, isto é, prejudicial ao bem comum. Com isto não se sacrificaria a logica, uma vez que o *valor obrigatorio* das leis coincidiria com o seu *valor juridico, científico*. Mas, como diz Boutroux, ha uma outra logica, além da logica propriamente dita, ou dos conceitos; é a logica da vida, da realidade, da natureza, da razão, no sentido pleno e concreto da palavra (7).

Aliás, os sacrificios impostos por esta logica são, no caso, bastante atenuados, pois que, as regras mais prejudiciaes ao bem comum são justamente as que violam a moralidade. Ora, o criterio da moralidade fornece uma norma relativamente categorica, enquanto que o criterio do bem comum ou do rendimento social das leis deixaria margem ás mais diversas interpretações e apreciações.

(7) — BOUTROUX — *La conscience individuelle et la Loi* — “Revue de metaphysique et de morale”, 1906, pag. 14.

Mas, o criterio da moralidade das leis, assim vagamente lançado, não estaria isento, na pratica, de erros e incertezas, conforme reconheceu o proprio J. Dabin: "... il arrive que la règle morale ne donne que des directives, marquant l'orientation du devoir plutôt que le devoir lui même; et, d'autre part, même en présence d'une règle détaillée, il faudra toujours compté avec la difficulté de l'adaptation d'une norme abstraite á la matière individuelle et contingente. En um mot, il reste á formuler, en chaque cas particulier, le jugement déclaratif de *contrariété* entre la loi et la morale" (8). Para contê-lo em seus justos limites, torna-se necessario precisar melhor a noção da imoralidade ou da injustiça das leis.

Com esse intuito, o citado Dabin distingue as leis que dispõem contrariamente aos preceitos da moral — religiosa, individual, familiar e social — das que contravêm ás regras da justiça legal e distributiva que se impõem nas relações entre o Estado e os cidadãos, ou entre os governantes e os governados, como alguns dizem.

*

LEIS IMORAES — Sendo certo que antes da lei já existia a regra moral que, independentemente de toda organização politica, determina de modo preciso os deveres do homem para com a di-

(8) — J. DABIN — Op. cit., pag. 676.

vindade, para consigo mesmo e para com o próximo, é evidente que nenhum argumento de bem comum ou de disciplina social pôde ser invocado em apoio de uma regra que prescrevesse o que fosse proibido pela moral, condenasse o que a moral ordena, ou, mesmo, admitisse ou legitimasse o que fosse condenado pela moral.

Consequentemente, devemos, desde logo, considerar injusta toda lei que prescreve a pratica de atos condenados pela moral (a apostasia, o suicidio, o homicidio), como a abstenção de atos moralmente obrigatorios (a pratica de deveres religiosos, da caridade), como injusta, tambem, devem ser consideradas as leis que se afastem das regras moraes constitutivas do estatuto da familia.

E' necessario ainda que a regra moral disponha de modo nitido e categorico, e que, por sua vez, a juridica determine em sentido inverso, dando lugar, assim, ao conflito entre as duas regras.

Mesmo dispondo de modo preciso e categorico — ordenando, por exemplo, a pratica da caridade, no dominio das virtudes; proibindo a intemperança no dominio dos vicios, — é claro que não se deveria taxar de injusta uma lei que apenas viesse regulamentar, dirigir os atos que a moral ordena, dá mesma fórmula que injustas não poderiam ser consideradas as leis que procurassem regulamentar os atos por ela reprovados, desde que a regra juridica não equivallesse a legitimação do fato immoral pela sua assimilação ao moral.

Enfim, é preciso salientar que o conceito da lei injusta deve ser restrito, unicamente, ás leis que no seu proprio dispositivo contrariam a moral. Por isso, não devem ser consideradas injustas as regras jurídicas que, sem ofender a moral, possam exercer influencia prejudicial sobre a moralidade dos individuos, creando condições desfavoraveis á pratica do bem, ou favorecendo a pratica do mal.

*

LEIS OPRESSIVAS OU TIRANICAS E LEIS PARCIAES — A segunda categoria de leis injustas que comprehende aquellas normas que desconhecem os grandes principios da moral politica, é classificada por Dabin em opressivas ou tiranicas e parciaes. As primeiras são as leis que desconhecem o respeito aos direitos da personalidade humana; as segundas, as que desconhecem o principio da moral politica que manda dividir de conformidade com a justiça distributiva as vantagens e os encargos da vida social.

Sendo, porém, as normas da vida politica, ao contrario das regras moraes da vida religiosa, individual, familiar e social, necessariamente indeterminadas, faz-se preciso diminuir, tanto quanto possivel, esta indeterminação perigosa. Isto se consegue de acôrdo com o criterio proposto por J. Dabin, restringindo-se os direitos da personalidade humana ao *minimum vital* e ás *liberdades es-*

senciaes, reconhecidas pelas Constituições modernas (leis opressivas) e reduzindo-se as exigencias da justiça distributiva a este outro *minimum*: nada de exclusões sistematicas, excetuados os casos de pena e de perigo extremo para o Estado.

Limitado, assim, rigorosamente o conceito da lei injusta, não basta, pois, que uma regra ou instituição juridica produza efeitos prejudiciaes á sociedade, mesmo sob o ponto de vista moral, nem que contrarie os preceitos da economia politica ou da sociologia, nem mesmo que afete um direito individual qualquer ou o principio da egualdade de todos os cidadãos em tal ou qual de suas applicações, para que o cidadão se julgue com o direito de pôr em duvida, de criticar a validade das leis promulgadas pelo poder competente.

Havendo fundados motivos para supôr infeliz, ou mesmo injusta, uma determinada regra de direito que não corresponda ao conceito da lei injusta, as necessidades de disciplina social exigem, não só do cidadão como da autoridade publica encarregada de cumpri-la, o seu respeito.

Aos interessados resta, após a utilização dos recursos postos á sua disposição pelo direito positivo a prosseguir na ordem a reforma da regra tida como injusta, mandando-lhes o preceito de justiça legal suportar, sem revolta, a injustiça que lhes vem da coletividade.

O DIREITO DE RESISTENCIA

Determinado o conceito da lei injusta, passemos a sua sanção — o direito de resistencia.

Preliminarmente, convem acentuar que ha duas especies de resistencia á lei. Além daquela que é realmente um *fato juridico*, uma sanção, o modo de restabelecimento do direito, ha a resistencia de fato — a mais frequentemente encontrada na vida social — que consiste em simples desordens, violações inadmissiveis á autoridade do Estado. Esta não se discute: é dominada pela força que o Estado tem a sua disposição, e não pela do raciocinio.

Convem salientar, como fez G. Renard, que esta distincção não tem a minima significação para quem regeita a *concepção idealista do direito e da lei*.

“La résistance á la loi n'est un fait juridique que sous condition d'une comparaison entre l'*Idée de la loi* et quelque *Idée* supérieure dont la loi est tributaire: l'*Idée du droit*; le problème juridique de la résistance a la loi, c'est cette comparaison.”

“La loi, devant ce problème est un justiciable qui a pour juge la *raison*, et la *raison* un juge qui a pour code l’*Ordre*; et c’est seulement quand la *raison* a proclamé la loi contraire a l’*Ordre*, que la résistance devient la réaction *juridique* de l’*Ordre* et la sanction *juridique* du désordre” (9).

Foi o desconhecimento desta distinção capital que levou alguns juristas a afastarem completamente de suas cogitações o problema da resistência ás leis injustas com o seu corolario inevitavel — o direito de resistencia — ou a afirmarem que na hipotese havia apenas um problema de ciencia politica e não um verdadeiro problema de direito.

Entre os que se excusam tratar do conceito da lei injusta, encontram-se A. Esmein, Carré de Malberg, G. Ripert e H. Barthelemy, além de Hans Kelsen, chefe da Escola vienense que identifica o direito e o Estado.

Esmein, nos seus “*Elements de Droit Constitutionnel français et comparé*” (ed. revista por H. Nezard), diz:

“Il est une autre erreur qui n’est point neuve et qui, quoique plus pacifique, est également incompatible avec l’ordre politique. C’est celle qui consiste á proclamer que le citoyen, sans s’insurger par la violence, peut refuser de reconnaître les lois de son pays qui blessent sa conscience et de s’y soumettre. Le premier devoir d’un citoyen est de res-

(9) — G. RENARD — La Valeur de la Loi — pag. 237.

pecter les lois de son pays, surtout dans un pays libre où l'on peut toujours espérer conquérir l'opinion politique pour obtenir l'abrogation ou modification de celles qui vous blessent. Jadis Hobbes disait que ceux qui professent l'erreur signalée "suppriment autant qu'il est en eux la société humaine."

Ripert, sustentando o mesmo principio, escreve em "*La Règle Morale dans les obligations civiles*": "Les gouvernants doivent faire respecter la règle qu'ils ont portée; ils affirment leur souveraineté en exerçant leur autorité; la règle juridique se soutient par sa seule force. Il n'y a pas à se demander si elle est conforme au droit naturel ou à la morale."

Não era outra a opinião de H. Barthélemy quando asseverava :

"Je n'admets pas que la loi cesse d'être respectable; que le jugement cesse d'être exécutoire, par cela seul qu'on les prétend contraires à la règle du droit" (10).

Mas, exceto estes juristas, partidarios da ortodoxia liberal, o problema da resistencia ás leis injustas encontra apoio na generalidade dos modernos tratadistas, especialmente Duguit, Hauriou, J. Dabin, Fr. Geny e G. Renard que o consideram um problema juridico, ressaltada a distinção aludida — resistencia de *fato* e resistencia de *direito*.

(10) — BARTHELEMY — *Le Fondement de l'autorité politique* — "Revue de droit public", 1915.

Realmente, não se compreenderia que, nos casos extremos, e em falta ou ineficácia dos meios retirados á legalidade, pudessem os cidadãos ficar privados de todo recurso contra as leis escritas evidentemente abusivas — “sanção desesperada da violação do direito pelo Estado”, como diz Geny (11), ou “direito delicado e terrível que vela ao pé de todas as instituições humanas como sua ultima e triste garantia”, segundo dizia em 1823, Victor de Broglie da tribuna da Camara dos Pares de França.

Si o “primeiro dever do cidadão é respeitar as leis do seu paiz”, existe um outro, cronologica e logicamente anterior, que é o dever que tem os governantes de só imporem á obediencia dos governados leis justas. E, admitido o principio de que o poder dos governantes não é arbitrario e sim funcional e, como tal, necessariamente limitado, não ha como escapar a conclusão da não obrigatoriedade das leis injustas.

Mas, as necessidades da disciplina social exigem que a lei, por sua presunção de justiça, seja obedecida sem discussão, dizem. Sacrificar a lei á consciencia individual é arruinar a autoridade da lei, é permitir a cada cidadão fazer-se juiz em causa propria, é estabelecer uma especie de *liberum vetum*, toda lei ficando submetida a ratificação daqueles que lhe devem obediencia.

Será porventura, “a ordem politica” um bem

(11) — FR. GENY — Science et Technique en droit privé positif — vol. IV, pag. 100.

supremo, transcendente, que não possa ser sacrificado em benefício dos outros?

A resistencia á lei injusta que, direta ou indirectamente, causa danos ao bem comum, não seria mesmo o remedio, o restabelecimento da justiça e da ordem, enquanto a obediencia não contribuiria para a estabilisação da desordem?

Subordinar de modo absoluto a consciencia individual á lei, não é fazer desta um instrumento de tirania, o que não é menos grave?

E, não permitir aos cidadãos o direito de verificar a legitimidade intrinseca das regras e instituições juridicas, não é privar a propria ordem politica de uma garantia eficaz quanto aos abusos do poder e o arbitrio dos governantes?

A solução é sempre a mesma sob qualquer aspecto em que se encare o problema: ha leis que, não obstante toda presunção de justiça, devem ser consideradas injustas e, consequentemente, sem força obrigatoria.

Apenas é necessario considera-lo com as devidas cautelas, pois que, toda a resistencia, como ensina G. Renard (12) diminúe na opinião publica a consideração que a lei e o legislador têm, não somente o dever de merecer, como tambem o direito de obter.

Mas, afastados os abusos e os excessos, o que

(12) — G. RENARD — Op. cit., pag. 242.

se consegue com uma rigorosa delimitação do conceito da lei injusta, como fizemos e ainda com a afirmação do principio aconselhado por Geny da preponderancia da lei escrita, em caso de duvida, o direito de resistencia ás leis injustas “est la meilleure des garanties contre l’arbitraire du législateur, qui s’efforcera, dès lors, de ne faire que des lois devant rencontrer une adhésion quasi unanime” (13).

*

Admitido, porém, que a resistencia se enquadre na ordem do direito, resta-nos saber se a ordem juridica positiva poderia acolher esse principio.

E’ evidente que só esse direito que está acima da vontade do legislador — chame-se ele direito natural, direito moral, direito objetivo, direito racional, direito ideal ou direito intuitivo — poderá sancionar a faculdade reconhecida aos particulares de poderem recusar a obediencia ás leis editadas pelo Estado, quando evidentemente injustas. O direito positivo não poderia faze-lo: seria negar-se a si proprio. A resistencia sendo o *ultimum subsidium*, a “sanção desesperada” das violações do direito, só deve surgir quando esgotados todos os recursos fornecidos pela legalidade.

E’ certo, que as Declarações de Direitos das

(13) — LÉON DUGUIT — *Traité de Droit Constitutionnel* — vol. 3.º, pag. 661.

Constituições revolucionarias francezas colocam entre os direitos naturaes e imprescriptiveis do homem a resistencia á opressão. Mas, o reconhecimento desse direito, naquelas Constituições, não passa de uma afirmação de principios, incapaz de prevalecer contra textos claros e precisos das leis penaes.

E, por considerarmos que a resistencia ás leis injustas é um direito que resulta da ordem natural, julgamos pouco aceitavel a opinião daqueles que pretendem encontrar nos principios geraes do direito, consagrados não só pelo direito natural como tambem pelo positivo, uma justificação para aquela resistencia.

Entre esses principios invocam-se de preferencia, o “estado de necessidade” e a “legitima defesa”.

Quanto ao “estado de necessidade”, é de uma determinação muito vaga para servir de apoio ás revoltas de um particular contra as leis emanadas do poder competente. Além disso, ele se confunde, pelo menos como alguns o entendem, com a coação moral. E quem se insurge contra uma lei injusta o faz livremente, só por este motivo, e não sob o imperio de uma coação mesmo moral.

A legitima defesa, se oferece uma base mais firme e segura, implica, em sua propria noção, condições taes que não permitem uma comparação entre o caso de um individuo que injustamente ata-

cado por outro repele a agressão, e o do cidadão que se opõe a execução de uma lei evidentemente injusta, ou mesmo se insurge contra o poder estabelecido.

Certamente, em um como noutro caso, o individuo faz justiça a si mesmo, e de um certo modo, se *defende* legitimamente. Mas, muito diferentes são as duas hipoteses em que intervêm essa justiça privada e essa legitima defesa. Enquanto a legitima defesa, propriamente dita, se processa dentro da legalidade, contra esta se volta o direito de resistencia. Convem ainda salientar que é a ofensa ao direito individual que dá lugar á legitima defesa, ao passo que a resistencia tem por origem a injustiça da lei — o que compreende não só ofensa ao direito individual, mas ainda o caso de desconhecimento do principio de moralidade politica que manda repartir as vantagens e os encargos sociais de conformidade com a justiça distributiva.

Este ponto de vista foi, de modo particular, posto em relevo por M. Hauriou em seu "*Précis de Droit Constitutionnel*", que o enquadra no estudo que fez sobre a génese do regime constitucional.

G. Renard tambem funda na legitima defesa o direito de resistencia ás leis injustas. As suas idéas são tanto mais interessantes porquanto a essa aproximação do direito de resistencia á legitima defesa junta ele um terceiro termo: a *guerra*, que, quando justa, é a sanção juridica do direito internacional publico, como a resistencia á lei é uma sanção do di-

reito publico interno; ambas são um prolongamento da legitima defesa. E acentúa:

“Les deux théories s'emboitent dans la perspective de la légitime défense.

“Elles s'emboitent également dans la perspective de la notion de justice privée, dont la légitime défense n'est qu'un vestige en régime de justice publique.

“La justice privée, c'est la justice qu'on se rend a soi-même; mais c'est bien une justice. Entre la justice privée et la vengeance privée, il y a toute la distance qui sépare les deux variétés de la résistance a la loi, la guerre juste et la guerre injuste, le fait juridique et le fait brutal.

“La justice privée, c'est l'exercice d'un droit. Elle disparaît progressivement devant le développement de la justice publique, — plus rapide en droit interne, plus lent en droit international; mais elle subsiste dans les interstices de la justice publique; elle ressort au défaut de la cuirasse: quand on ne trouve plus de juges, on se fait son propre juge, comme au temps où il n'y avait pas de juges. Le droit international confirme cette these; et c'est pourquoi il régleme, non seulement la guerre, mais bien d'autres mesures de rétorsion. Le droit pénal confirme cete thèse; et c'est pourquoi il admet la légitime défense. La jurisprudence civile elle-même a pu en fournir des illustrations.

“A *fortiori* la justice privée surgit-elle de son

effacement, quand la justice publique se retourne contre le droit; et c'est cela la résistance *juridique* á la loi. Pareille résistance, ce n'est pas uniquement de l'histoire, c'est du droit" (14).

[Todos esses pontos de vista são interessantes, não resta duvida, e contribuem, de certo modo, para justificação da resistencia ás leis injustas. Mas, forçoso é concluir, não traduzem e não podem traduzir, diretamente, essa justificação.

A verdade é que, o direito de resistencia ás leis injustas não tem necessidade daqueles principios de direito positivo para a sua justificação. Constitue sistema autonomo, irreductivel a todos os outros e que, como ensina J. Dabin (15), se justifica por este principio elementar de moral politica, que os governantes não têm o direito de ordenar e ser obedidos, enquanto não permaneçam na esfera de sua competencia e seja justo o que ordenam. Donde se conclue que a consagração pelo direito positivo da legitima defesa contra terceiros, não implica de fórma alguma a consagração do direito de resistencia ás leis injustas, nem muito menos, do direito de insurreição contra os governantes infieis aos seus deveres.

*

Verificada a divergencia entre o direito po-

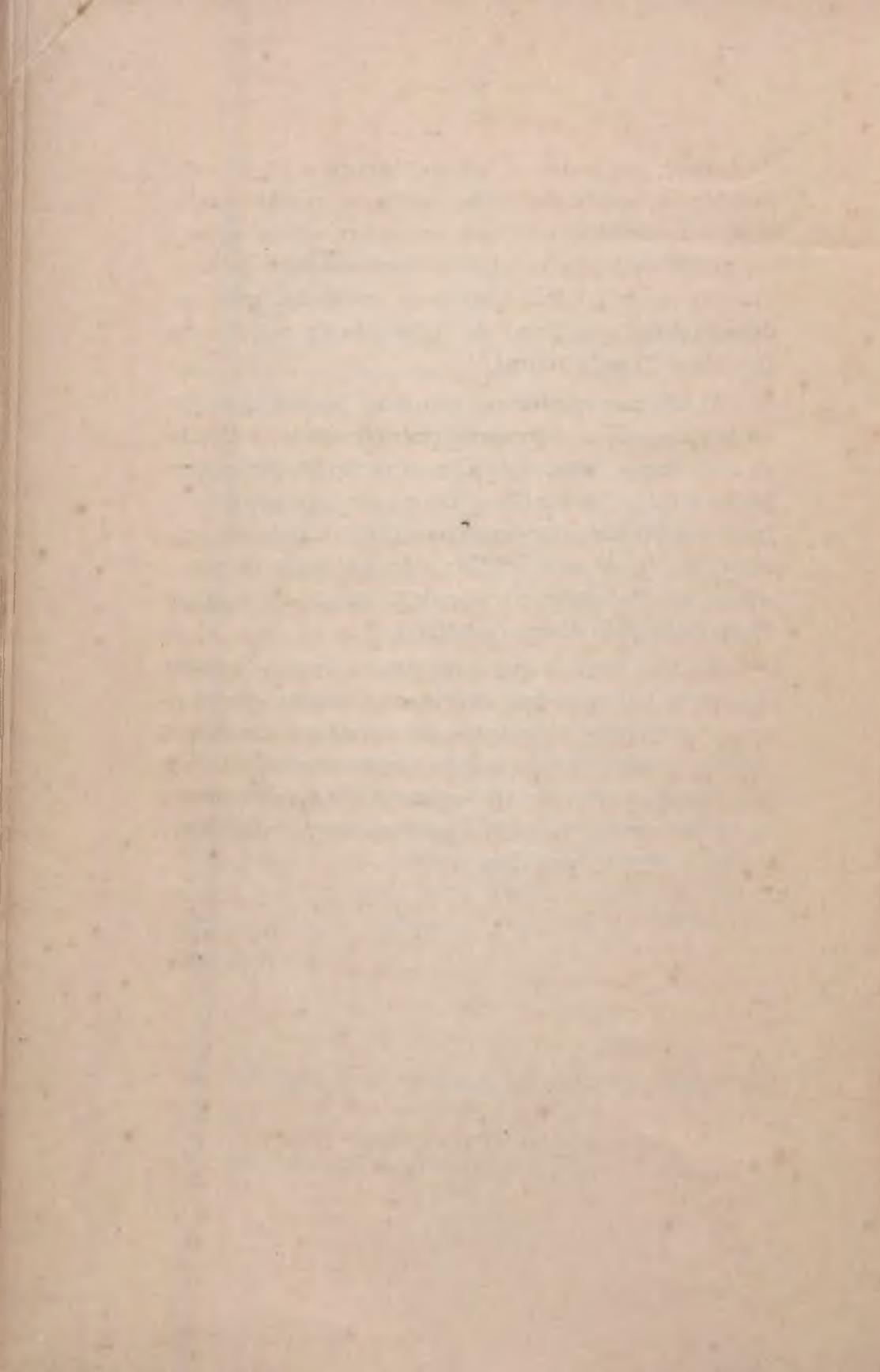
(14) — G. RENARD — Op. cit., pag. 236.

(15) — J. DABIN — Op. cit., pag. 762.

sitivo que, em todos os paizes, ignora o direito de resistencia, e a moral que, mediante certas condições, o reconhece, cabe-nos examinar se ela encontra justificativa, e se alguma consideração de bem comum ou de tecnica impede a aceitação, pela ordem juridica positiva, do principio da resistencia reconhecido pela moral.

Conforme aludimos, a ordem juridica positiva negar-se-ia a si propria, reconhecendo o direito de resistencia. Mas, se nenhuma razão houvesse, por parte do direito positivo, para esse não reconhecimento, existiria uma decisiva objeção tirada do proprio direito de resistencia: este, deixaria de ser o que é, na realidade, e o que deve ser, se fosse regulamentado pelo direito positivo.

Sabido como é que o direito positivo e a resistencia ás leis injustas, derivam-se ambos, dos mesmos “primeiros principios da moral politica”, podemos concluir que, embora teoricamente, não haja solução para essa divergencia, esta se resolve e deve ser resolvida pela predominancia da moral sobre o direito positivo.



DO EXERCICIO DO DIREITO DE RESISTENCIA

Sendo a resistencia ás leis injustas o *ultimum remedium* para o qual apelam os cidadãos em defesa dos principios de justiça contra os abusos e os excessos dos governantes, é claro que esta faculdade não lhes pode ser reconhecida arbitrariamente. O seu exercicio deve estar subordinado a condições especiaes, cujo numero e rigor dependem do extremismo do *modo* ou da *forma* de resistencia considerada.

Os antigos teologos, como já vimos, dividiam a resistencia em tres classes: passiva, defensiva e ativa ou agressiva.

Esta divisão, adotada com pequenas variantes pela maioria dos juristas modernos, corresponde, mais ou menos, a que encontramos no “*Dictionnaire Apologétique de la Foi Catholique*”, de A. d’Alés, que menciona quatro especies de resistencia:

- 1.ª — resistencia passiva, que consiste em não obedecer ás prescrições legaes;

- 2.^a — resistencia ativa legal, que tem por objeto a reforma da lei pelos meios legais;
- 3.^a — resistencia ativa a mão armada, cujo fim é opôr-se pela força a execução de uma lei;
- 4.^o — a rebelião, que é a ofensiva contra a autoridade d'onde emana a lei.

Qualquer que seja, porém, a forma ou o modo de resistencia empregada, deve o cidadão, primeiramente, utilizar-se dos recursos ou meios tecnicos previstos pelo direito positivo.

Sabemos que nas sociedades constituídas sob a base do *Estado de direito*, isto é, que reconhecem sua subordinação ao *direito* e que ha leis que não podem editar, é dever precipuo dos governantes não só respeitar o *direito*, mas ainda estabelecer um sistema de garantias preventivas e repressivas ao bom exercicio da função legislativa.

Entre essas garantias, as principaes e mais importantes são o duplo processo das Constituições chamadas rígidas e das Declarações dos Direitos, entre as preventivas, e os sistemas do “recurso por excesso de poder” e da “exceção de inconstitucionalidade”, entre as repressivas.

Pondo de parte as varias controversias que existem relativamente á natureza dessas garantias repressivas, especialmente da exceção de inconsti-

tucionalidade, que, em face da nossa Constituição de 1891, não tem a amplitude que lhe dão nos Estados Unidos da America do Norte, é indiscutível que ao cidadão oprimido por uma lei injusta cumpre o dever de não exercer o direito de resistencia sem que, antes, recorra a jurisdição competente, a não ser que não haja recursos serios e eficazes de natureza especificamente juridica.

Não existindo recursos dessa natureza, ou fallando os meios previstos pelo direito positivo, e desde que não reste duvida sobre a injustiça da lei, o direito de resistencia é, não só permitido como mesmo, em certos casos, considerado obrigatorio.

Além dessa condição, existe uma outra, tambem de carater geral; que somente permite a resistencia, mesmo passiva, quando o exercicio desse direito não venha causar, á ordem publica, perturbações maiores do que a injustiça que se pretende evitar.

Certamente essa resistencia tão facilmente justificada pelos juristas é a chamada resistencia passiva.

Geny (16) chega mesmo a afirmar que essa resistencia não é proibida, positivamente, pela lei, que somente organiza os meios necessarios ao seu triunfo pela coação, o que mereceu a justa critica de J. Dabin, de vez que não é pelo fato de prever o direito meios de coação quanto aos que violam os seus preceitos que ele reconhece a legalidade da

(16) — GENY — Op. cit., vol. IV, pag. 124.

resistencia passiva. A desobediencia á lei constitúe, normal e legalmente, um ato ilícito, mesmo antes que intervenha a sanção, que se dá precisamente, para vencer uma resistencia ilícita desde o momento do seu aparecimento.

Semelhante criterio é adotado pela moral quando considera toda a lei justa obrigatoria em consciencia.

Quanto aos outros dois modos de resistencia — a defensiva e a ativa ou aggressiva — já não é sem grandes reservas que são considerados legitimos. A intervenção de um novo elemento — a autoridade publica, — modifica completamente o aspecto do problema.

Mas, apesar do respeito e da consideração que aos cidadãos deve merecer o principio da autoridade, forçoso é reconhecer que, teorica e praticamente, não podemos excluir aqueles dois modos de resistencia, da mesma forma que, egualmente, não podemos de antemão, condenar toda insurreição contra o poder estabelecido.

Tudo depende da natureza e da gravidade das injustiças contra as quaes se reage.

Resta-nos, por fim, assinalar que não bastam aquelas duas condições para legitimar o exercicio da resistencia defensiva e ativa ou aggressiva. Outras, entre as quaes resalta, como mais importante, a probabilidade do exito, se fazem necessarias.

3/90

NÃO PODE SAIR
DA BIBLIOTECA

340.1
P172

F.T.

Palmeira, Pedro Luis, 1900-

1. DIREITO - FILOSOFIA
I. Título

Inv. Jan. 65 - Jul. 67

388

UFRJ. Fd. 67-309/dbm Inv. Jan. 81

