

Sobre o conceito de coerção no Direito Brasileiro

Jacintho Del Vecchio Junior¹

Resumo: A noção de coerção é evidente ao manifestar-se através do estatuto jurídico da punição; todavia, ele permeia a própria possibilidade de construção de uma ordem jurídica, pois constitui condição *sine qua non* para a função regulatória que caracteriza, em última análise, a concretização do Direito. Nesse contexto, o artigo procura estabelecer uma leitura acerca da noção de coerção, do modo como ela é tratada por alguns dos autores da tradição alemã da Filosofia do Direito (Kant, Fichte, Hegel e Kelsen), e de como, em contrapartida, ela surge positivada na Constituição de 1988. Com isso, procura-se elucidar o liame conceitual que existe entre essas duas instâncias, a fim de possibilitar uma hermenêutica entre o referencial jurídico-filosófico da tradição da Filosofia do Direito ocidental e a ordem constitucional brasileira.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Coerção. Idealismo Alemão. Filosofia do Direito.

On the concept of coercion in Brazilian right

Abstract: The notion of coercion is evident when manifested through the legal status of punishment. However, it permeates the very possibility of constructing a legal order, since it is indispensable for the regulatory function that characterizes, ultimately, the realization of the law. In this context, the article seeks to establish a reading about the notion of coercion as treated by some of the authors of German Philosophy of Right (Kant, Fichte and Hegel and Kelsen), and how, on the other hand, it arises as positive norm in the Constitution of 1988. In this way, it is tried to elucidate the conceptual link that exists between these two instances, in order to make possible a hermeneutic between the legal-philosophical referential of the background offered by the tradition of western philosophy of and the Brazilian constitutional order.

Keywords: Constitutional right. Coercion. German idealism. Philosophy of right.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Cidade de São Paulo (UNICID). Bacharel, mestre e doutor em filosofia pela Universidade de São Paulo (FFLCH-USP). Pós-doutorado em filosofia pela Université de Lorraine (França). Pesquisador associado ao *Laboratoire d'Histoire et de Philosophie des Sciences – Archives Henri Poincaré* (CNRS-UMR7117). Oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo, professor da Academia de Polícia Militar do Barro Branco e do Centro de Altos Estudos da Polícia Militar, respectivamente em nível de graduação e de pós-graduação. E-mail: delvecchio@usp.br.

1 Introdução

São bem conhecidas as teorias, diga-se, genéticas do Direito. *Mutatis mutandis*, o universo de textos de introdução ao estudo do Direito são pródigos em procurar estabelecer uma relação direta que faça convergir a própria possibilidade de existência do corpo social e, em contrapartida, as normas que o tornam possível. É, evidentemente, a essência do bem conhecido adágio atribuído a Ulpiano, “ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus”.

Mas não apenas ao Direito pode-se atribuir essa correlação necessária para com a sociedade. Poder-se-ia plagiar Ulpiano, reivindicando também uma corroboração empírica suficiente, ao asseverar, por exemplo, “ubi societas, ibi mos”, “ubi societas, ibi religio”, ou “ubi societas, ibi inaequalitas”. Em suma, tudo aquilo que caracteriza a forma através da qual os grupos sociais consolidam-se através de instituições ou fenômenos sociais. Assim, o Direito deve ser compreendido tanto como condição quanto como produto da sociedade em que se constitui.

Há, todavia, um aspecto importante que, pelos próprios rumos da ideologia subjacente à história contemporânea do Brasil, tem se tornado mais e mais velado: o caráter necessariamente coercitivo de um dado ordenamento jurídico. Ao menos três argumentos podem ser traçados preliminarmente em favor dessa tese, argumentos esses que estão íntima e inextrincavelmente relacionados:

Primeiro, a que trata do *poder originário* donde deriva uma ordem jurídica. Tome-se como referência as leituras de ordem filosófica, como por exemplo, a dos contratualistas, ou a própria base da teoria constitucional, ao retomar a problemática do poder constituinte. A necessidade de estabelecimento de uma ordem aplicável a todos os cidadãos envolve algum tipo de coerção, seja em relação à garantia de direitos (e a consequente aplicação dos instrumentos do Estado para assegurar o objeto de disputa) ou da proibição de determinadas condutas em dadas circunstâncias.

Segundo, aquilo que se poderia denominar como a *função reguladora* do Direito. A definição de regras envolve necessariamente a proteção de cidadãos dentro de determinadas condições, em desfavor de outros. A essência do Direito Civil, por exemplo, decorre dessa condição, ao estabelecer regras abstratas de validade ampla.

Finalmente, deve-se observar a própria *noção de justiça* subjacente ao Direito. Tenha ela uma conotação de equidade ou um viés distributivo, ela invariavelmente expõe o litígio inerente à necessidade de adotar um critério para fazer cumprir seu papel.

Em resumo, o Direito, em todas as suas manifestações, expressa um poder que é, em última análise, coercitivo, pois se não possuísse essa investidura, também não se consolidaria como um instrumento social eficaz. A concepção de Direito envolve, necessariamente, a coerção legal.

Mas não há como negar uma espécie de constrangimento ao abordar essa questão. Note-se, por exemplo, como o professor Miguel Reale trata dessa problemática. Em suas *Lições preliminares de Direito*, ele apresenta dois sentidos de coação que se pode atribuir ao termo. Após introduzir uma ideia bem disseminada que envolve a capacidade de coação como aquilo que distingue o Direito da Moral, aponta dois sentidos opostos para o conceito de coação. O primeiro é negativo: a coação como incidente que potencialmente vicia os negócios jurídicos. O segundo, positivo, que retrata a própria capacidade de autorrealização da lei. Ele se expressa nos seguintes termos:

Coação, portanto, significa duas coisas: de maneira genérica, tal como aquela configurada no art. 98 do Código Civil, corresponde à violência, à força que, interferindo, vicia o ato jurídico; em sua segunda acepção, não é o contraposto do Direito, mas é, ao contrário, o próprio Direito enquanto se arma da força para garantir o seu cumprimento. A astúcia do Direito consiste em valer-se do veneno da força para impedir que ela triunfe... (REALE, 2001, p. 66)

Mas note-se que o autor, ainda que de modo velado, pensa uma relação necessária entre violência e coação, quando a violência é transmutada em força. Essa relação é, no mínimo, desnecessária. Há, entretanto, uma espécie de hesitação em sustentar com propriedade que o Direito, *per se*, exige a presença de força para se fazer valer. A noção de coerção não envolve necessariamente a de violência, pois o “veneno da força” é a condição para a própria eficácia do Direito nas relações que ele tem por objetivo disciplinar. Força não é a finalidade da coerção; ao contrário, é o instrumento que se faz necessário para preservar aquilo que o Direito procura garantir.

Antes de prosseguir na elucidação dessas questões, é preciso uma breve digressão acerca das palavras “coerção” e “coação”. Miguel Reale emprega este último termo. No Direito positivado, encontram-se ambos; para permanecer no exemplo de Miguel Reale, o Código Civil estabelece a noção de coação (art. 151 e seguintes, ao apresentar os vícios do negócio jurídico); de forma análoga, emprega-se o termo coerção ao tratar da autonomia do casamento, e que envolve também uma conotação negativa, mas desta vez decorrente da eventual ingerência de instituições privadas ou públicas na instituição do casamento:

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.
[...]
§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao

Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse Direito, vedado qualquer tipo de **coerção** por parte de instituições privadas ou públicas. (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Assim, pode-se considerar coerção e coação como sinônimas, pois não há distinção relevante quanto à acepção usual dos termos, assim com não existe conotação técnica específica para emprego de um ou de outro. Ainda assim, neste artigo adotar-se-á o termo coerção, em detrimento de coação, considerando que a origem do termo *coactio* originalmente tem o sentido de coletar, e apenas figurativamente o de obrigar, coibir, fazer valer, enquanto que *coertio* adota um sentido próprio que a ele se atribui segundo a norma culta da língua portuguesa hodiernamente, qual seja, ação de reprimir; castigo, punição (cf. DICIONÁRIO..., 1995, p. 242; 245).

2 Uma questão antiga

O problema da coerção e sua relação com o Direito não é um tema novo. Foi abordado por vários autores, desde Platão, Aristóteles, Plutarco, dentre tantos outros. Mas três fontes serão citadas mais precisamente, apenas a título de ilustração, por consistirem em três momentos importantes para a história do pensamento ocidental, quais sejam, a Antiguidade Clássica, o Medievo e o Iluminismo.

O primeiro deles é Emílio Papiniano, um dos juristas romanos de maior prestígio, que floresceu no final do século II d.C. Ele é tomado como uma das grandes referências para o *Corpus Juris Civilis*, compêndio idealizado pelo imperador bizantino Justiniano I no século VI, que teve uma importância fundamental para o Direito desde então. Ao tratar da lei do senado e dos costumes consolidados², a forma através da qual Papiniano define o conceito de lei é a seguinte: “*a lei é um preceito comum, para a orientação do homem prudente, para a contenção das faltas intencionais ou decorrentes de ignorância, para a garantia comum do Estado.*”³

Três funções são apontadas nesse excerto: o caráter normativo e direcionador da lei, sua função fundamental para a existência do Estado e, finalmente, a *coercitio delictorum*, que inadvertidamente poder-se-ia traduzir por “coibir delitos”. Todavia, uma análise etimológica um pouco mais acurada apresenta o termo latino *delictum* com um significado bastante

²O termo latino é *longa consuetudine* (MOMMSEN, 1889, p. 5), que significa um hábito, um costume consolidado ao longo do tempo.

³“*Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio.*” (MOMMSEN, 1889, p. 5).

dissociado do conceito de crime delineado pelo Direito contemporâneo. Originalmente, a palavra *delictum* tem o sentido de falta, transgressão, erro (cf. DICIONÁRIO..., 1995, p. 353), que são naturalmente conceitos mais amplos que as noções atuais de delito ou crime conforme a delimitação precisa que a esses termos confere a doutrina do Direito Penal.

Essa breve e superficial digressão sobre os termos latinos é importante justamente para afastar a ideia de que coerção só é legítima em se tratando de crimes; longe disso, os termos de Papiniano, ao apontar a função da lei junto ao Estado como referência para o direcionamento da vida do sábio e como forma de coibir potenciais erros, faltas e transgressões, habilita uma leitura no sentido de pensar a coerção como forma legítima, necessária e indissociável do Direito.

Outro autor que vale a pena citar é Tomás de Aquino. Com sua habitual lucidez, ao tratar da questão relativa à efetiva capacidade dos homens em formular leis (uma questão importante para a consonância esperada entre leis humanas e leis naturais⁴) o autor, na *Summa Theologica*, argumenta que:

Uma pessoa não pode conduzir a outra de modo eficaz à virtude, porque ele pode apenas aconselhar, e se seu conselho não for acatado, ele não tem um poder coercitivo, a exemplo do que a lei deve ter, a fim de prover uma indução eficaz à virtude, como diz o Filósofo (ARISTÓTELES, *Ética*, X, 9, 1180^a, 20). Mas esse poder é investido à totalidade do povo ou a algum personagem público a quem caiba infligir penalidades.⁵

Nota-se, portanto, que a questão relativa à relação entre direito e moral não é nova, mas não exatamente do ponto de vista reivindicado por Miguel Reale; longe disso. A virtude, ainda que a virtude apenas como comportamento exterior, social, está relacionada a uma capacidade de coerção em relação aos comportamentos esperados (note-se que Tomás nesse ponto retoma os ensinamentos de Aristóteles). O problema radica, então, em outra dualidade, diferente da representada por “moral *versus* direito”; a dualidade apontada por Tomás envolve a existência ou não de uma coerção capaz de conduzir o indivíduo à virtude, seja ela abordada do ponto de vista da moral ou do direito.

⁴ “Toda lei humana tem a característica de lei, uma vez que é derivada da lei da natureza. Mas se em algum momento ele se desvia da lei da natureza, já não é uma lei, mas uma perversão da lei”. (“*Every human law has just so much of the character of law, as it is derived from the law of nature. But if at any point it deflects from the law of nature, it is no longer a law, but a perversion of law.*”) (TOMÁS DE AQUINO, 1994, p. 207).

⁵ “*A private person cannot lead another to virtue efficaciously: for he can only advise, and if his advice be not taken, it has no coercive power, such as the law should have, in order to prove an efficacious inducement to virtue, as the Philosopher says (ARISTOTLE, *Ethic. x. 9, 1180a, 20*). But this coercive power is vested in the whole people or in some public personage, to whom it belongs to inflict penalties.*” (TOMÁS DE AQUINO, 1994, p. 218).

Nesse diapasão, o exercício da lei exige, segundo Tomás, a presença de dois requisitos, quais sejam, a existência de uma autoridade, seja ela centrada em uma pessoa ou em um grupo que a exerça, e a existência de penalidades que possam ser atribuídas àquele que transgredir a lei. Logo, do ponto de vista de Tomás, a coerção é condição necessária à lei em geral, pois ela deve ter o fulcro de direcionar o indivíduo à virtude social, ou seja, ao comportamento bom, justo, de acordo com as premissas estabelecidas pelo corpo social.

Os autores contratualistas também representam referências importantes para essa discussão. Dentre eles, caberia mais propriamente citar Hobbes, pois ele é um defensor convicto da chamada primazia da violência (leia-se do poder coercitivo) atribuída ao Estado, mas seu exemplo foge às intenções deste trabalho, principalmente porque o autor procura sedimentar sua argumentação para a sustentação da necessidade de um governo absoluto para a garantia da paz social. Logo, para os fins deste artigo, cabe melhor a citação de um intransigente defensor da liberdade como a grande virtude a ser garantida pelo corpo social: Jean Jacques Rousseau.

Segundo Rousseau, a autoridade do Estado deriva diretamente do poder do Legislador, caracterizado, *grosso modo*, pelo próprio corpo social (cf. DENT, 1996, p. 45). Este é o soberano, donde emana toda a autoridade; essa autoridade sobre o corpo social, por sua vez, deriva da própria autoridade original que as pessoas têm sobre si mesmas:

Como os homens não podem criar novas forças, mas apenas unir e direcionar aquelas que já existem, eles não têm outro meio para se conservar que não seja o de formar, por agregação, uma soma de forças que pode sobrepujar a resistência, de colocá-las em ação por um único móvel e de fazê-las agir conjuntamente. Essa soma de forças só pode nascer do concurso de vários [indivíduos]; mas sendo a força e a liberdade de cada homem os principais instrumentos de sua conservação, como ele as engajará sem se prejudicar e sem negligenciar o cuidado que ele deve a si mesmo?⁶

⁶ “Comme les hommes ne peuvent engendrer de nouvelles forces, mais seulement unir et diriger celles qui existent, ils n'ont plus d'autre moyen, pour se conserver, que de former par agrégation une somme de forces qui puisse l'emporter sur la résistance, de les mettre en jeu par un seul mobile et de les faire agir de concert. Cette somme de forces ne peut naître que du concours de plusieurs ; mais la force et la liberté de chaque homme étant les premiers instruments de sa conservation, comment les engagera-t-il sans se nuire et sans négliger les soins qu'il se doit ?” (ROUSSEAU, 1963, p. 16-17).

Ou seja, não há como escapar de uma constatação óbvia: o pacto social impõe uma diminuição no exercício da força e da liberdade. Naturalmente, a lei, que caracteriza a manifestação das regras a partir das quais esse pacto se impõe, é o próprio instrumento limitador da liberdade e da força humanas, conforme os termos do problema colocado. Não há dúvidas que se trata de um remédio amargo (sobretudo para Rousseau, sempre intransigente na defesa da liberdade); todavia, negá-lo seria simplesmente dissociar o discurso da realidade, ou optar pela dissolução do pacto social, o que não é, também, uma alternativa adequada, muito menos verossímil.

A alternativa encontrada por Rousseau é conceder essa redução na liberdade, por meio de uma forma diferenciada, específica, dessa mesma liberdade. Essa opção de Rousseau pode ser apresentada nos seguintes termos:

De certo modo, liberdade “moral” é uma liberdade diminuída, quando comparada à liberdade “discricionária”. No exercício da liberdade moral, uma pessoa está subordinada à exigência de acatar e respeitar outras (que, por seu turno, a acatam e respeitam). Tal “obrigação” em relação aos outros não é intrínseca à liberdade discricionária.[...] Mas Rousseau argumenta que essa obrigação não representa uma diminuição ou negação de alguma coisa valiosa. É, antes, um requisito que facilita e amplia: ao respeitá-lo, uma pessoa assume o seu próprio caráter como o de alguém que dá e recebe respeito de outras pessoas suas iguais (DENT, 1996, p. 159).

A partir dessa leitura, a liberdade é a própria autoimposição acerca da aceitação da lei. A coerção é pactuada previamente, e serve como referência e regra para livrar o homem das inclinações que o fazem menor do que realmente ele pode vir a ser:

Aquele que se recusa a obedecer à vontade geral a tanto será constringido por todo um corpo, o que não significa senão que o forçarão a ser livre [...] Nós devemos acrescentar a tudo isso que aquilo que o homem adquire no estado civil, a liberdade, é o que realmente faz dele mestre de si mesmo; pois o mero impulso ou apetite é escravidão, enquanto que a obediência às leis que prescrevemos a nós mesmos é liberdade.⁷

O caráter controverso dessa tese é evidente: “a obediência às leis que prescrevemos a nós mesmos é liberdade”. Por isso, o homem é livre ainda que coagido pela lei que, teoricamente, ele impõe a si mesmo. Ele se obriga a ser livre, quando toma parte do corpo social. Tais ideias ganhariam um refinamento maior sob a pena dos autores do idealismo alemão.

⁷“... quiconque refusera d'obéir à la volonté générale, y sera contraint par tout le corps ; ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera à être libre [...] ,On pourrait, sur ce qui précède, ajouter à l'acquis de l'état civil la liberté morale qui seule rend l'homme vraiment maître de lui ; car l'impulsion du seul appétit est esclavage, et l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté.” (ROUSSEAU, 1963, p. 20-21).

3 O conceito de coerção na Filosofia do Direito alemã

Ab initio, cabe uma ressalva: o artigo não tem a pretensão de fazer uma abordagem precisa e detalhada relativa à Filosofia do Direito dos autores do idealismo alemão. Só essa tarefa seria tema suficiente para vários artigos. O que se pretende aqui é apenas um delineamento superficial da doutrina de cada um deles, no que respeita à noção de coerção, a fim de evidenciar a peculiaridade de cada concepção.

3.1 Kant e a noção de Direito enquanto racionalidade

O pensamento de Kant é uma das referências mais interessantes para traçar a relação entre Moral e Direito. Isso porque o autor estabelece uma derivação do Direito em relação à Moral, considerando que ambas as instâncias da razão prática têm por pressuposto o imperativo categórico, segundo o que já fora delineado na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*: “*age somente, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal.*” (KANT, 1995, p. 59).

Assim, a necessidade moral, e as regras que lhe são decorrentes, derivam de uma imposição da própria racionalidade humana, que determina uma espécie de regra geral necessária, incontornável.

Mas, então, a questão que se estabelece é a seguinte: se Direito e Moral guardam uma relação tão próxima, o que efetivamente diferencia essas duas vertentes da razão prática? Um trecho em que Kant comenta o problema da política internacional é particularmente elucidativo:

Tendo em conta a maldade da natureza humana, que se pode ver às claras na livre relação dos povos (ao passo que no Estado legal-civil se oculta através da coação do governo) é, sem dúvida, de admirar que a palavra *Direito* não tenha ainda podido ser expulsa da política da guerra como pedante, e que nenhum Estado tenha ainda ousado manifestar-se publicamente a favor desta última opinião. (KANT, 1992, p. 133).

Note-se a ousadia da tese avocada por Kant: a rigor, não se pode falar em Direito no âmbito da política internacional. O alegado pedantismo, a hipocrisia generalizada no emprego próprio do termo Direito nessa seara decorre pura e simplesmente do fato de que a chamada autodeterminação dos povos exclui, evidentemente, a possibilidade de uma regulação real, que existe na articulação do Estado, sob a forma da coerção típica das relações sociais. Em outros termos: a noção de coerção é tomada por ele como *conditio sine qua non* para a concretização do Direito, por meio de sua forma mais evidente, qual seja, a articulação do Estado. Conforme ensina Ricardo Ribeiro Terra:

Se o Direito diz respeito às relações exteriores e não pode ter como móbil o próprio dever, precisa de uma coerção (*Zwang*) exterior que exija a realização de uma ação determinada. No plano da virtude não há coerção exterior, mas pessoal (*Selbstzwang*). Quando alguém que emprestou dinheiro a um outro tem o direito de exigir a devolução, isso não significa que pode persuadi-lo a pagar a dívida, mas que uma coerção legal force o devedor a isso; no caso, “Direito e competência para coagir significam a mesma coisa”. (TERRA, 1995, p. 81).⁸

Assim, aos olhos do autor, a função do Estado é essencialmente reguladora, e deve ser independente de qualquer preceito de boa vontade por parte de seus cidadãos para se estabelecer minimamente, seguindo, assim, a tradição contratualista no que tange à solução do problema político como uma questão de ordem racional:

O problema do estabelecimento do Estado, por áspero que soe, tem solução, inclusive para um povo de demônios (contanto que tenham entendimento), e formula-se assim: “Ordenar uma multidão de seres racionais que, para a sua conservação, exigem conjuntamente leis universais, às quais, porém, cada um é inclinado no seu interior a eximir-se, e estabelecer a sua constituição de um modo tal que estes, embora opondo-se uns aos outros nas suas disposições privadas, se contêm reciprocamente, pelo que o resultado da sua conduta pública é o mesmo que se não tivessem essas disposições más”. (KANT, 1992, p. 146-7).

Logo, Kant é bastante pragmático acerca desse pormenor: pouco importa quais são as inclinações pessoais dos cidadãos; no que concerne ao estabelecimento do Estado, basta a racionalidade de seus membros para o reconhecimento da necessidade de leis universais, que são capazes de garantir o equilíbrio social, ainda que em contraposição aos interesses individuais. Acerca da possibilidade de concretizar essa aspiração, Kant aponta que:

Um problema assim deve ter solução. Não se trata, de fato, do aperfeiçoamento moral do homem, mas apenas do mecanismo da natureza; a tarefa consiste em saber como é que no homem tal mecanismo se pode utilizar a fim de coordenar o antagonismo das suas disposições pacíficas no seio de um povo e de modo tal que se obriguem mutuamente a submeter-se a leis coativas, suscitando assim o estado de paz em que as leis têm força. (KANT, 1992, p. 147).

Portanto, a chave do problema relativo ao estabelecimento do Estado, segundo o filósofo, está intimamente ligada à racionalidade dos agentes, mas tem como premissa a existência de leis cujo condão é essencialmente coercitivo. Para além desse mecanismo, a ordem social pereceria juntamente com a racionalidade sufocadas pela maldade humana e pela defesa dos interesses individuais mesquinhos. O estado de natureza venceria a ordem social.

⁸ Mas aqui há uma ressalva a fazer. Conforme argumenta o professor Jean-Christophe Merle, “Kant não diz, contudo, que o sistema legal deve se originar da satisfação do dever da consciência humana. Ao contrário, ele menciona a miséria do estado de natureza, ou seja, a coerção da natureza consiste naquilo que direciona o que é o oposto das inclinações dos humanos.”

(“Kant doesn't say, however, that the legal system should originate from a human's conscious fulfillment of duty. On the contrary, he mentions misery in the state of nature, that is, nature's coercion being the drive for the establishment of a legal system, which is opposed to the inclination of humans.”) (MERLE, 2009, p. 40).

3.2 Fichte: a confiança mútua e a lei de coerção

O pensamento de Fichte ganha contornos significativamente distintos em relação àquele de Kant, sobretudo em face da distância que estabelece entre Direito e Moral (em Kant, pode-se compreender o Direito como uma espécie de decorrência da Moral). Sua argumentação parte do problema que envolve uma espécie de contradição: ao mesmo tempo estabelecimento de um sistema legal, em que há necessidade de fundar a lei em uma honestidade e confiança mútuas, não se pode coagir o indivíduo a confiar em alguém:

A possibilidade de uma relação de direito entre as pessoas na esfera do Direito natural é condicionada pela mútua honestidade e confiança. Mas a honestidade e confiança mútuas não dependem da lei do Direito; elas não podem ser fomentadas por coação, nem existe um direito de fazê-lo. Não é possível coagir alguém a ter confiança íntima na minha honestidade, porque tal confiança não tem expressão exterior e, portanto, encontra-se fora da esfera do direito natural. Mas não posso sequer coagir alguém a não expressar sua desconfiança em relação a mim. Porque, se ele de fato desconfia de mim, tal coerção por mim iria forçá-lo a desistir de toda a preocupação com sua segurança, e, portanto, a desistir de toda a sua liberdade e direitos; eu o estaria submetendo assim aos meus julgamentos arbitrários e ao meu poder, ou seja, eu o estaria colocando sob meu controle, algo que ninguém tem o direito de fazer.⁹

Duas conclusões advêm da análise desse trecho: primeiro, que a coerção legal tem um papel importante segundo o pensamento de Fichte, pois está no cerne do problema. Em segundo lugar, não é possível ignorar que essa é todavia, uma tese problemática, pois parece conduzir uma contradição em termos. A sequência do seu argumento será justamente no sentido de elucidar e superar esse problema.

A solução de Fichte, *mutatis mutandis*, lembra a kantiana: a superação do problema acerca de como garantir confiança e honestidade mútuas envolve a possibilidade de construir um mecanismo (no caso de Fichte, um mecanismo legal) que permita uma solução que dispense a confiança e a honestidade, mas cujo caráter objetivo vincule as ações particulares:

Se uma solução pudesse ser encontrada que operasse com necessidade mecânica para garantir que toda ação contrária ao Direito resultasse no oposto da finalidade por ele pretendido, tal solução implicaria a vontade de querer apenas o que é legítimo; tal arranjo restabeleceria a segurança, depois que a honestidade e confiança fossem perdidas, e isso tornaria a boa vontade supérflua para a realização do Direito externo, uma vez que uma má vontade que desejasse coisas de outras pessoas levaria
- por seu próprio desejo ilegítimo - para o mesmo fim obtido por uma boa vontade. Um arranjo do tipo que estamos descrevendo é chamado de *lei de coerção*.¹⁰

Ou seja, a lei de coerção, da forma como concebida por Fichte, consiste no recurso que permite uma articulação jurídica independente de boa vontade, honestidade e confiança, pois estabelece uma regra que leva a uma validade objetiva do Direito. A questão que

resta, todavia, é a de uma consequência esperada, decorrente do argumento contido no excerto acima, qual seja, o da possível supressão da vontade e da liberdade individuais, vencidos pela força da lei da coerção.

Fichte responde a essa objeção possível nos seguintes termos:

Esta lei de coerção não infringe a liberdade da boa vontade ou a sua plena dignidade. Enquanto alguém deseja apenas o que é correto, no que tange à pura questão de sua legitimidade, não surgirá nele desejo para o que é ilegítimo. Mas agora, como vimos, a lei é direcionada apenas para um desejo para o que não é legítimo; a lei encontra a sua motivação somente nesse desejo, e só se aplica à vontade de uma pessoa por meio dela. Só por desejarmos o que não é legítimo é que nós, por assim dizer, damos à lei algo que lhe permite nos alcançar e nos restringir. Portanto, sempre que este desejo não estiver presente, a lei de coerção não está operativa e é completamente cancelada, tanto quanto a vontade está em causa; a lei não é a nossa motivação para agir ou não agir, porque outro motivo já trouxe a legitimidade a existir. Nenhuma lei externa é dada a alguém que é justo; este é completamente liberado de tal lei, e é liberado por sua própria boa vontade.¹¹

Logo, o problema se resolve com uma espécie de composição articulada entre a boa vontade, o sentimento de justiça e a lei da coerção, cada uma delas funcionando em um dado momento, em dada circunstância: quando a vontade individual está eivada de boa fé, tudo acontece como se não houvesse coerção; nesse caso, reside a verdadeira condição de legitimidade da lei, a consonância entre, lei, vontade e justiça. Quando essa boa vontade não está presente, por outro lado, surge a necessidade de coerção àquilo que seria o móbile dessa boa vontade, pelo recurso da lei de coerção.

⁹ “*The possibility of a relation of right between persons in the sphere of natural right is conditioned by mutual honesty and trust. But mutual honesty and trust are not dependent on the law of right; they cannot be brought about by coercion, nor is there a right to do so. It is not possible to coerce someone to have an inner trust in my honesty, because such trust has no outward expression and therefore lies outside the sphere of natural right. But I cannot even coerce someone not to express his distrust of me. For if he indeed distrusts me, such coercion by me would force him to give up all concern for his security, and therefore all his freedom and rights; I would thereby be subjecting him to my arbitrary judgments of right and to my power, i.e. I would be subjugating him to my control, which no one has a right to do.*” (FICHTE, 2000, p. 124-5).

¹⁰ “*If an arrangement could be found that would operate with mechanical necessity to guarantee that any action contrary to right would result in the opposite of its intended end, such an arrangement would necessitate the will to will only what is rightful; such an arrangement would re-establish security, after honesty and trust have been lost, and it would render the good will superfluous for the realization of external right, since a bad will that desires other people's things would be led - by its own unrightful desire - to the same end as a good will. An arrangement of the kind we have been describing is called a law of coercion.*” (FICHTE, 2000, p. 127).

¹¹ “*This law of coercion does not infringe upon the freedom of the good will or its full dignity. As long as someone wills only what is rightful for the sheer sake of its rightfulness, no desire for what is not rightful will arise in him. But now, as we have seen, the law is directed only towards a desire for what is not rightful; the law finds its Motivation in this desire alone, and applies to a person's will only by means of it. Only by desiring what is not rightful do we, as it were, give the law something that enables it to seize and restrain us. Therefore whenever this desire is not present, the law of coercion is not operative and it is [143] completely canceled as far as the will is concerned; the law is not our motive for acting or not acting, because another motive has already brought rightfulness into existence. No external law is given to someone who is righteous; he is completely liberated from such a law and liberated by his own good will.*” (FICHTE, 2000, p. 128).

Como aponta Breazeale (2014), a preocupação fundamental da teoria do direito de Fichte está na solução do problema da restrição da liberdade dos indivíduos com vistas à garantia do bem comum, de forma que a comunidade possa conviver com o máximo grau possível de garantia de liberdades individuais.

3.3 Hegel: Moral, Ética e Direito

O pensamento de Hegel acerca do tema em tela foi fortemente influenciado por Fichte (cf. BREAZEALE, 2014), mas ganha contornos diferenciados, sobretudo por duas características: primeiro, a maneira como relaciona de modo peculiar as noções de Moral, Ética e Direito; segundo, e principalmente, a forma como subordina também a Filosofia do Direito à lógica dialética.

Uma abordagem clara acerca dessa relação entre Direito e Moral é apresentada por Michael Inwood (1993, p. 104-5). Existe uma distinção clara entre *Recht*, comumente usado para designar normas de instituições legais em contraste com *Moralität* (moralidade) e *Sittlichkeit*, que é a vida ética, o exercício da moralidade na vida prática. A ideia de *Recht*, de Direito, envolve exclusivamente uma conduta externa, enquanto que moralidade é a disposição interna de cada um. Dessa forma, se comparado com a moralidade, o Direito abstrato é relativamente objetivo, mas tem também uma função de desenvolver capacidades e a principalmente a consciência do indivíduo, fomentando sua transformação em um cidadão autoconsciente.

Assim, ao contrário de uma distinção radical como se verifica no pensamento de Fichte, a articulação proposta por Hegel aponta para uma finalidade comum, pois tanto *Recht*, quanto *Moralität* e *Sittlichkeit* não regulam simplesmente a conduta externa dos indivíduos (tomando por pressuposto tratar-se de seres humanos com formação plena), mas estão envolvidos em um processo de formação plena, de um despertar da consciência. Por isso não se pode aceitar o argumento usual de que o Direito envolve a noção de coerção, enquanto a noção de moralidade não. Em termos ideais (e isso está sempre no horizonte dos escritos de Hegel) sempre há algum grau de coerção, pois essas três instâncias da vida humana (o direito, a moralidade e a vida ética) são vistas como fases de um mesmo processo, ainda que diferentes entre si por aspectos peculiares.

Sob o ponto de vista de Hegel, esse *status quo* explica o que foi apontado até agora, mas traz como consequência uma tese ainda mais ousada: simplesmente não há oposição possível entre moralidade e direito. Isso ocorre porque o Direito não pode fazer jus à consciência moral de seus cidadãos e ao mesmo tempo se permitir defeitos latentes;

considerando que tanto o direito quanto a moralidade são produtos da racionalidade humana (no que Hegel se aproxima muito de Kant), tanto falhas do Direito quanto falhas na Moral devem ser identificadas e corrigidas pelo próprio exame de racionalidade inerente a eles. No torvelinho, toma-se por certo que a moral deve ser integrada ao sistema de Direito.

A dialética hegeliana, por sua vez, envolve tanto aspectos metafísicos quanto lógicos, ao permitir o desenvolvimento das coisas e dos conceitos segundo regras determinadas. A dificuldade inerente ao seu sistema valeu a Hegel a fama de um dos filósofos mais obscuros e abstrusos, cuja análise detida é árdua e repleta de dificuldades. Mas na leitura superficial que serve à finalidade deste artigo, o foco será direcionado apenas às questões que envolvem a racionalidade, ou seja, a explicitação e desenvolvimento dos conceitos, que são os fatores relevantes para a compreensão das premissas de Hegel sobre o Direito.

Segundo Inwood (1993, p. 100), a dialética de Hegel evolui principalmente três etapas, três momentos: em primeiro lugar, ocorre que um ou mais conceitos ou categorias são considerados fixos, nitidamente definidos e distintos um dos outros, perfeitamente concebidos; essa é a etapa do entendimento. Em segundo lugar, no processo de reflexão acerca dessas categorias, uma ou mais contradições emergem delas, problematizando-as; essa etapa consiste propriamente na essência da dialética ou da razão dialética, ao caracterizar um momento de negação da categoria apresentada no primeiro momento. O terceiro movimento, que caracteriza a consequência, o resultado dessa dialética, vem a seguir, e consiste em uma nova categoria superior, que engloba os momentos anteriores e resolve as contradições neles envolvidos; essa é a etapa da especulação, ou da razão positiva.

Hegel sugere que essa nova categoria alcançada como consequência do processo como um todo é uma espécie de unidade de opostos, quando contempla aspectos tanto da fase do entendimento quanto da razão dialética, combinando perspectivas superficiais e contraditórias entre si em um novo nível de compreensão, de forma a propiciar o desenvolvimento e a elucidação dos conceitos envolvidos. O autor defende ainda que os momentos opostos do percurso da lógica dialética, tanto no caso do pensamento quanto das coisas do mundo real, tendem a operar a transição do processo quando são intensificados. Ou seja, todo o processo de radicalização das ideias tende a tornar mais evidentes as suas contradições internas, algo que faz evidenciar, por assim dizer, o surgimento de uma condição insustentável de contradição, que exige por parte da razão a

tentativa de superação desse quadro, através da superação de perspectivas ingênuas, mediante o amálgama em relação àquilo a que antes o conceito se opunha.

Essa explicação básica é necessária simplesmente porque o tema da coerção em Hegel é tratado de forma dialética a partir das noções de Direito de Moral.

De forma pouco usual, Hegel inicia sua obra *Filosofia do Direito* a partir da discussão do direito abstrato, em que vai tratar primeiramente da problemática envolvida na noção de propriedade, para, em segundo lugar, abordar a questão do contrato. Sua explicação não deixa de ser interessante: nos termos do contrato, a propriedade não é mais vista do ponto de vista de sua realidade externa, como uma mera coisa, mas antes, é tomada como um móvel que contém elementos de vontade, tanto a vontade do outro quanto a do próprio indivíduo (HEGEL, 1994, p. 23). É, portanto, nesse processo de abstração do real em termos do conflito entre vontades que surge o fenômeno da contradição, contradição essa que se estabelece a partir da figura do litígio, da oposição ente o certo e o errado, bem como da forma de restabelecer a primazia do Direito, qual seja, através dos mecanismos de coerção.¹² Os trechos reproduzidos abaixo são bastante ilustrativos acerca desse contexto:

Como uma coisa viva, o homem pode ser coagido, isto é, seu corpo ou qualquer coisa externa a ele podem ser trazidos sob o julgo alheio. [...] Somente a vontade que se permite ser coagida pode de alguma forma ser coagida. [...] A força ou coerção é, em sua própria concepção, diretamente autodestrutiva, porque é a expressão de uma vontade que anula a expressão ou a determinada existência de uma vontade. Daí que a força ou coerção, tomada abstratamente, seja errada.¹³

A coerção é originalmente autodestrutiva; isso é algo que se mostra no mundo real pelo fato de que a coerção é anulada pela coerção; a coerção é assim demonstrada não apenas como certa sob dadas condições, mas necessária, ou seja, como um segundo ato de coerção que é a anulação de uma [coerção] que a precedeu.¹⁴

Os dois trechos acima elucidam o caráter dialético do texto hegeliano, conforme apontado acima. Além disso, nota-se claramente a ideia de que a vontade, quando expressa no mundo real, transborda o mero caráter subjetivo para consolidar-se como objetividade, como vontade *de algo*. É oportuno também atentar para a ressalva feita por Hegel: a força ou coerção, *tomada abstratamente*, é errada. Há, aqui, uma dissociação entre o nível abstrato, de uma pura idealidade, e a forma como o conceito de força ou de coerção (não de violência), aparece no processo de construção dialética:

O direito abstrato é o direito de coagir, porque o mal que o transgride é um exercício de força contra a existência da minha liberdade numa coisa externa. A continuidade dessa condição contra o exercício da força, portanto, toma por si mesma a forma de um ato externo e um exercício de força, anulando a força originariamente direcionada contra ela.¹⁵

A essência da coerção, que preliminarmente mostra-se negativa, autodestrutiva, supera a si mesma quando mostra-se a força que pode se contrapor à violação da primazia do livre arbítrio. Logo, a coerção consiste, resumidamente, em um recurso da própria vontade (livre) no sentido de fazer valer seu direito, e por meio de um processo dialético. Esse processo de superação é o que permite a passagem, na obra de Hegel já citada, da seara do Direito ao campo da moralidade.

Por derradeiro, é oportuno notar como na concepção hegeliana o Estado tem um papel secundário: tudo se passa como se a questão fundamental relativa ao exercício do direito acontecesse exclusivamente em âmbito da consciência e da racionalidade do agente. Essa característica encontra-se em clara consonância com os princípios apontados acima, que permitem pensar o Direito como um recurso capaz de permitir o desenvolvimento da autoconsciência humana.

¹² Cabe aqui apontar um problema de tradução: *Zwang* (coerção) é o termo empregado por Hegel, mas só aparece em sua acepção correta na tradução para o inglês de T.M. Knox. Outras duas traduções consultadas são as de S. W. Dyde (do alemão para o inglês) e de Orlando Vitorino (que traduziu a obra para o português a partir das versões francesa de André Kaan e italiana de Giuseppe Maggiore), e ambas trazem a tradução, no mínimo imprecisa, de *Zwang* como *violência*, o que altera significativamente o pensamento de Hegel, ao mesmo tempo que mostra a confusão apontada desde a introdução do artigo, com o texto de Miguel Reale.

¹³ “*As a living thing man may be coerced, i.e. his body or anything external about him may be brought under the power of others. [...] Only the will which allows itself to be coerced can in any way be coerced. [...] Force or coercion is in its very conception directly self-destructive because it is an expression of a will which annuls the expression or determinate existence of a will. Hence force or coercion, taken abstractly, is wrong.*” (HEGEL, 1994, p. 37).

¹⁴ “*That coercion is in its conception self-destructive is exhibited in the world of reality by the fact that coercion is annulled by coercion; coercion is thus shown to be not only right under certain conditions but necessary, i.e. as a second act of coercion which is the annulment of one that has preceded.*” (HEGEL, 1994, p. 37).

¹⁵ “*Abstract right is a right to coerce, because the wrong which transgresses it is an exercise of force against the existence of my freedom in an external thing. The maintenance of this existent against the exercise of force therefore itself takes the form of an external act and an exercise of force annulling the force originally brought against it.*” (HEGEL, 1994, p. 37).

3.4 Kelsen: o Direito enquanto ordem coativa

Kelsen é um dos autores mais importantes da tradição da Filosofia do Direito contemporânea, por sua contribuição valiosa consubstanciada pelo positivismo jurídico. Se comparada à abordagem dos autores do idealismo alemão (Kant, Fichte e Hegel), sua obra é bastante objetiva e exime-se de tratar as questões apresentadas com o mesmo grau de profundidade filosófica que seus predecessores. Essa característica decorre do fenomenalismo de sua abordagem: para o autor, o Direito deve ser visto como um tipo de ciência que não se rende a reducionismos morais ou sociológicos, e deve ter sua pureza garantida pela Teoria do Direito:

A Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo direito real e possível, não pelo direito “ideal” ou “justo”. Neste sentido é uma teoria do direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se a valorar o direito positivo. Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura. (KELSEN, 1999, p. 75).

Essa abordagem “antiideológica” confere à obra do autor um caráter muito claro de relativismo em relação à própria noção de justiça, e, com ela, à ideia de moralidade e ética.¹⁶

Kelsen se contrapõe, portanto, aos autores do idealismo no que respeita a um aspecto essencial, qual seja, o do Direito como mecanismo para a consecução de aspirações relativas à justiça e à moral.

¹⁶ “Para Kelsen, a ideia de normatividade é equivalente a um verdadeiro “dever”, por assim dizer. É uma exigência justificada de necessidade prática. Certo conteúdo é considerado normativo por um agente se e somente se o agente enxerga naquele conteúdo uma razão válida para a ação. Como Joseph Raz notou, Kelsen concorda com a tradição da Lei Natural neste aspecto em particular; ambos assumem que a normatividade da lei só pode ser explicada como se poderia explicar a normatividade da moralidade, ou da religião para essa matéria, ou seja, em termos de razões válidas para a ação. Mas então, o problema para Kelsen é como explicar a diferença entre a normatividade da lei e a da moralidade: se o “dever” legal é um “dever” genuíno, o que torna uma obrigação legal distinta de uma obrigação moral? A resposta de Kelsen é que o “dever” relevante é sempre relativo a um determinado ponto de vista. Cada e todo tipo de “dever”, seja ele religioso, moral ou jurídico, deve pressupor um certo ponto de vista, um ponto de vista que é constituído pela norma básica do sistema normativo relevante.” (“*For Kelsen the idea of normativity is tantamount to a genuine “ought”, as it were; it is a justified demand on practical deliberation. A certain content is regarded as normative by an agent if and only if the agent regards that content as a valid reason for action. As Joseph Raz noticed, Kelsen agrees with the Natural Law tradition in this particular respect; both assume that the normativity of law can only be explained as one would explain the normativity of morality, or religion for that matter, namely, in terms of valid reasons for action. But then, the problem for Kelsen is how to explain the difference between the normativity of law and that of morality; if legal “ought” is a genuine “ought”, what makes a legal obligation distinct from a moral one? Kelsen’s answer is that the relevant “ought” is always relative to a given point of view. Each and every type of “ought”, be it religious, moral or legal, must presuppose a certain point of view, a point of view which is constituted by the basic norm of the relevant normative system.*”) (MARMOR, 2016).

Kelsen toma ainda o cuidado de fazer uma ressalva específica no sentido de apontar que o caráter coercitivo do Direito vai além da função punitiva. Ele se expressa nos seguintes termos:

Finalmente, o conceito de sanção pode ser estendido a todos os atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica, desde que com ele outra coisa não se queira exprimir se não que a ordem jurídica, através desses atos, reage contra uma situação de fato socialmente indesejável e, através desta reação, define a indesejabilidade dessa situação de fato. É esta, na verdade, a característica comum a todos os atos de coerção estatuídos pela ordem jurídica. (KELSEN, 1999, p. 29).

Essa leitura converge, não na essência (quando afasta o direito da noção de justiça), mas na forma, com várias das contribuições perpetradas pelos autores já citados ao longo do texto, e especialmente com as ideias dos autores do idealismo alemão. De qualquer forma, a noção de coerção é central na concepção do Direito, em um âmbito que transcende a mera ideia de punição (pois toda punição envolve coerção, mas a recíproca não é necessariamente verdadeira). É justamente nesse sentido que a ideia de coerção deve ser compreendida na construção da ordem jurídica brasileira.

4 A noção de coerção na ordem constitucional brasileira

A influência do Direito alemão sobre o brasileiro é bastante conhecida, seja no âmbito do Direito Constitucional, conforme apontado por Cláudia de Rezende Machado de Araújo (2008), seja em face de ideias decorrentes do Direito Civil alemão no Direito Civil brasileiro, conforme demonstrado pelo valioso estudo de Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2013). Diante desse contexto, parece absolutamente cabível uma abordagem que tenha como referência os autores da tradição da Filosofia do Direito alemã, incluídos os autores do idealismo (Kant, Fichte e Hegel), assim como do positivismo jurídico, representado, obviamente, por Hans Kelsen.

Uma abordagem dessa natureza faz sentido diante da historicidade característica da Constituição de 1988, e do processo político que serve de pano de fundo para sua promulgação.

O país no século XX já havia sido convulsionado por várias formas de rupturas de processos institucionais, dentre as quais se pode citar como as mais graves a Revolução de 1930, o chamado golpe do Estado Novo, em 1937, e os eventos de 1964 (para alguns, passível de ser intitulado como golpe, para outros, como revolução), intensificado pelo Ato Institucional nº 5, de 1968. Diante desse contexto e após um longo

período necessário ao restabelecimento da ordem democrática brasileira, a Assembleia Nacional Constituinte veio consolidar a tentativa de uma nova ordem política e social no país. Bastante natural, portanto, que qualquer forma de violência (ou ainda qualquer forma de exercício de poder que pudesse ter sido confundido com a violência) fosse veementemente combatida, seja do ponto de vista do próprio texto constitucional, seja pela doutrina que a ele se seguiu.

A coerção envolve a própria ação do estado no sentido de estabelecer uma ordem e garantia de direitos. A Constituição de 1988, todavia, deixa essa função à sombra, como algo de ordem velada. É interessante notar que a palavra “coerção”, ou aquelas que dela derivam, aparecem no texto constitucional muito raramente, e praticamente inexistem naquilo que se atribui ao cidadão, ao particular; invariavelmente, a noção de coerção é empregada no texto constitucional nas situações em que estão previstas as atribuições atinentes a funcionários públicos ou a instituições públicas de uma maneira geral. Mas claro que não pode haver equilíbrio de direitos e deveres sem essa condição, ainda que sua existência ocorra de forma velada, discreta.

Uma abordagem apta a corroborar essa leitura é a comparação que se pode estabelecer entre a Constituição de 1988 e o texto constitucional de 1946. A comparação entre essas duas referências é pertinente, pela semelhança do contexto que direcionou essas duas construções jurídico-políticas. O ano de 1946 também se tratava de um período de abertura política, mas sem os mesmos traços e constrangimento diante da ideia de coerção estatal que temos em 1988. Uma explicação possível para esse estado de coisas pode estar centrada no fato de que os abusos decorrentes do Estado Novo não foram tão abertamente expostos como aqueles do período Médici-Geisel.

Talvez a própria alocação dos direitos e garantias fundamentais em ambas as cartas constitucionais possa ser um indicador de sua centralidade. Na Constituição de 1946, toda a organização dos poderes e do Estado precede os direitos fundamentais, só apresentados no artigo 141. Já na “Constituição Cidadã” (o título não é gratuito), apenas os fundamentos, objetivos, princípios fundamentais do estado brasileiro e a tripartição dos poderes são expostos anteriormente aos direitos e garantias fundamentais. Se, portanto, a ordem dos temas da Constituição de 1988 não é apenas lógica, mas envolve também uma espécie de hierarquia axiológica (e há bons motivos para considerar seriamente essa perspectiva), nota-se a centralidade dos direitos fundamentais na construção do texto constitucional e, conseqüentemente, na ideia do poder constituinte

para a concepção do estado brasileiro.

Mas essa não é a única ressalva que distingue a maneira como os direitos fundamentais são apresentados aqui e ali. Para além das questões de conteúdo (pois a Constituição de 1988 é muito mais pródiga na definição de direitos fundamentais que a de 1946), é oportuno verificar que em várias situações em que os direitos e garantias individuais são postulados no texto da Constituição de 1946, eles o são com ressalvas que acabam por não se fazerem presentes no texto da Constituição de 1988, mesmo que tratem especificamente das mesmas garantias. O ponto interessante dessa análise, todavia, é que essas premissas da Constituição de 1946, ao mesmo tempo que garantem um direito, vinculam essa garantia a uma possibilidade, ou melhor, a uma necessidade de regular esse mesmo direito ou uma prática a ele relacionada, coisa que não ocorre na Constituição de 1988. Alguns exemplos podem ser apontados nessa direção.

Sobre a questão da liberdade de crença, os dois diplomas constitucionais expressam-se da seguinte forma:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes.

§ 8º - Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência. (BRASIL, 1946, grifo nosso)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (BRASIL, 1988)

A liberdade de crença encontra-se, assim, assegurada em ambos os casos. Mas em 1988, ela é estabelecida sem qualquer limite minimamente razoável, como o previsto em 1946, que é simplesmente a sua adequação à segurança pública ou aos bons

costumes, ou quando ele ameaça os direitos fundamentais alheios. Mas, por hipótese, tome-se uma leitura minimalista, e abandone-se até mesmo a questão relativa aos bons costumes. Mesmo assim, resta como incontornável a observância dos limites estabelecidos pela segurança pública, ainda que não prevista expressamente pelo texto constitucional de 1988.

Os argumentos que envolvem essa problemática não são fruto de mero diletantismo, de natureza exclusivamente teórica; ao contrário, eles tocam em questões reais, que envolvem conflitos de direitos e convicções e que, por isso, devem ser relativizados e contextualizados. Dois casos concretos podem ser citados: o episódio do pastor evangélico Sérgio von Helde que, em 1995, chutou a imagem de Nossa Senhora Aparecida; tratava-se de uma manifestação livre de convicção religiosa (algo como “trata-se de uma imagem, e não é uma divindade, por isso a ela não se deve prestar culto”), mas que acabou configurando uma agressão frontal contra a liturgia ou, no mínimo, contra os costumes de milhões de católicos.

De modo análogo, a discussão acerca da proibição ou não do uso da burqa, em nome da liberdade feminina. Dois pontos há que se ressaltar, que envolvem tanto a liberdade de crença quanto a liberdade prevista nos incisos I e II do artigo 5º da Constituição Federal (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” e “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”); há casos em que a liberdade de crença impõe à muçulmana a exigência do uso da burqa; em outros, o que se lhe impõe é o peso da tradição do grupo étnico-religioso ao qual ela pertence, pelo qual a muçulmana é compelida a utilizar o traje tradicional. Em ambos os casos, uma interferência estatal nessa questão é deveras complicada, como a experiência recente do governo francês tem demonstrado: a pretensão de estabelecer peremptoriamente que todo uso de burqa consiste em uma imposição constrangedora à liberdade feminina pode consistir em um erro crasso, que antes agride que garante o respeito às liberdades individuais.

Outro exemplo da controvérsia que pode fomentar essas questões pode ser representado pelos constantes e cada vez mais evidentes embates entre as comunidades LGBT e os setores mais ortodoxos das igrejas tradicionais, gerando as controvérsias da cura gay, da escola sem partido, dentre outras. Pode-se ainda ressaltar a oposição entre o direito de greve dos prestadores de serviços essenciais e a ampla gama de direitos do cidadão comum que ele pode colocar em xeque. Todas elas têm em comum o árido

problema de tentar compatibilizar diferentes hierarquias de valores e princípios divergentes em um mesmo contexto social, algo que sempre envolverá algum tipo de restrição ou de coerção, ainda que não declarada, em nome da harmonia, da paz social ou, em última análise, em nome do próprio princípio da igualdade.

Por todo o exposto, a própria experiência social brasileira demonstra que a cultura e a vivência social não podem ser compreendidas como um todo coerente e monolítico. Ao contrário, o cenário social brasileiro é multifacetado, inclusive no que concerne à axiologia que o permeia. Nesse sentido, o choque entre diferentes perspectivas exige um papel regulador do Estado, que necessariamente estabelece limites para os interesses e pontos de vista contraditórios. Negar essa condição é simplesmente ignorar a realidade do corpo social que a Constituição pretende organizar.

Argumento análogo pode ser traçado no que concerne à forma como os dois textos constitucionais garantem o direito de reunião:

§ 11 - Todos podem reunir-se, sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública. Com esse intuito, poderá a polícia designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a frustre ou impossibilite. (BRASIL, 1946, grifo nosso).

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; (BRASIL, 1988).

O texto constitucional de 1988 garante o direito de reunião, estabelecendo apenas dois critérios restritivos, quais sejam, o caráter pacífico do evento, e a não existência de concomitância com outros eventos. É oportuno ressaltar que atualmente a autoridade estatal apenas deve ser informada, mas não tem um papel no sentido de autorizar ou não o evento, desde que afastada a hipótese de concomitância e caracterizada a natureza pacífica do evento. Texto bastante diferente foi estabelecido na Constituição de 1946. Nele, deliberadamente encontra-se previsto o papel das forças estatais tanto para garantir a ordem pública como para, em nome desta, estabelecer o local de reunião mais adequado aos interesses da coletividade. O direito de reunião é, assim, preservado, ainda que exercido segundo o critério superveniente do poder estatal.

Ocorre que, apesar da aparente ampliação do direito constitucional de reunião experimentado pelo texto de 1988, ele apenas desloca o problema para o âmbito da hermenêutica quando, por exemplo, opõem-se o direito de ir e vir (consubstanciado pelo inciso XV do artigo 5º) ao direito de reunião; nesse sentido, do ponto de vista da eficácia

possibilitada, o texto de 1946 parece mais adequado à gestão da ordem pública, considerando que é evidente a possibilidade de casos em que a garantia do inciso XVI do artigo 5º da Constituição Federal inviabiliza o exercício do direito previsto no inciso XV do mesmo artigo. Logo, o mero silêncio do texto constitucional acerca dessa problemática não resolve nem mitiga o problema real, mas apenas relega-o a uma espécie de vácuo normativo.

Há muitos outros pontos que poderiam ser suscitados, além, obviamente, daqueles em que a coerção adota um caráter explícito na previsão constitucional (como no estado de defesa, no estado de sítio, nos preceitos que regem o Direito Penal, dentre outros). Mas a conclusão necessária e recorrente é a do liame indissociável entre uma ordem constitucional minimamente eficiente e algum nível de coerção. Esse mesmo raciocínio naturalmente expande-se para as esferas infraconstitucionais – vide, por exemplo, a maneira como o Código Civil estabelece a possibilidade de defesa dos direitos de posse e de propriedade, ou ainda a definição das regras das obrigações de fazer ou de não fazer. Nesse sentido, a coerção envolve não apenas o ideário e as premissas mais básicas do Direito, como também contempla suas funções mais operativas, e dialoga diretamente com as práticas mais cotidianas.

5 Conclusão

As conclusões advindas da argumentação contida nas seções anteriores podem ser sintetizadas através dos seguintes pontos:

A coerção permeia a própria essência do Direito. As obras relativas à Filosofia do Direito trazidas à discussão no presente artigo apontam para a indissociabilidade entre a possibilidade de ordem jurídica e algum tipo de coerção a ela vinculada. Isso porque, malgrado as diferentes formulações e perspectivas apontadas (que têm foco por vezes na possibilidade de construção de ordem e de controle social, na compatibilização entre ordem jurídica e liberdade, entre ordem jurídica e racionalidade, dentre outras), a própria concepção de um sistema jurídico que valha para algo exige essa condição, pois a capacidade de coerção é a contraparte necessária para a efetiva garantia de direitos, sejam eles quais forem.

Coerção e violência não são sinônimos ou pares necessários. Ao contrário do que pode parecer (e do que Miguel Reale aponta, ainda que de modo retórico) não há

relação necessária de pertencimento entre os conceitos de coerção e de violência. Em outros termos: ainda que haja algum tipo de coerção relacionada à violência, essa relação não é inerente ao âmbito do Direito, sobretudo quando o Direito é concebido a partir de uma ordem constitucional. Há coerção que não envolve violência, como aquela que caracteriza a própria força da lei – nesse pormenor, a expressão em língua inglesa *law enforcement* é bastante ilustrativa, pois indica a força da lei e é representa uma noção que vai muito além da mera consideração de aparatos de polícia ou de organismos policiais; é a força da coerção em favor da lei, para que a lei se efetive. Por outro lado, a coerção, quando eivada de ilegalidade, pode ser identificada como injusta e, em casos específicos, como uma espécie de violência. Assim, não há relação direta e necessária entre coerção e violência, como noções abstratas; e, no que concerne ao âmbito do Direito, uma noção acaba por se cristalizar como contraposta à outra.

A ausência de previsão explícita do poder coercitivo nos ditames da Constituição Federal não significa sua inexistência. O texto constitucional de 1988 evita a todo custo a imposição de deveres ao cidadão, estabelecendo uma rede de direitos que o salvaguarda, no que respeita aos direitos fundamentais, sociais, políticos, etc. Todavia, o próprio caráter plural e multifacetado da sociedade brasileira impõe um quadro social em que os conflitos são inevitáveis, e fazem colidir até mesmo direitos fundamentais reivindicados por partes litigantes.

Nesse sentido, uma compreensão mais lúcida acerca do caráter essencialmente coercitivo de parte substancial do Direito pode viabilizar a construção de uma doutrina capaz de dialogar de forma mais próxima com o exercício da prática jurídica, algo fundamental sob a ótica dos operadores do Direito, sem constrangimentos desnecessários ou influência de premissas contaminadas por ideologias que sequer apontam para a verdadeira natureza dos problemas a enfrentar.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, C. “A Influência do Constitucionalismo Alemão no Constitucionalismo Brasileiro.” **Textos De História**. Brasília: UnB, v. 16, n. 2, p. 151-6, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 30 mar. 2017.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>, acesso em 30 mar. 2017.

_____. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>, acesso em 18 mar. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>, acesso em 30 mar. 2017.

BREAZEALE, D. “Johann Gottlieb Fichte”. In: ZALTA, E. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (2014). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/johann-fichte/>>, acesso em 26 mar.

2017. DENT, N. **Dicionário Rousseau**. São Paulo: Jorge Zahar, 1996.

DICIONÁRIO DE LATIM-PORTUGUÊS. Porto: Porto Editora, 1995.

FICHTE, J. G. **Foundations of Natural Right According to the Principles of the *Wissenschaftslehre***. Cambridge: Cambridge University Press, 2000[1797].

HEGEL, G. “Philosophy of Right”. **Great Books of Western World**. Tradução de T. M. Knox. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993[1820], v. 43.

_____. **Philosophy of Right**. Tradução de S. W. Dyde. Kitchener: Batoche Books, 2001[1820].

_____. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997[1820].

INWOOD, M. **Dicionário Hegel**. São Paulo: Jorge Zahar, 1997.

KANT, I. “A Paz Perpétua: um Projeto Filosófico.” **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1992[1796].

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995[1785]. KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999[1934].

LANGENSCHIEDT WÖRTERBUCH. Disponível em: <<https://de.langenscheidt.com>>, acesso em 26 mar. 2017

MARMOR, A. “The Pure Theory of Law” In: ZALTA, E. (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (2016). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/lawphil-theory/>>, acesso em 27 mar. 2017.

MOMMSEN, T. (Org.) “Iustiniani Digesta”. In: KRUEGER, P. (Org.). **Corpus Iuris Civilis**. Berlim: Weidmann, 1889.

MERLE, J. **German Idealism and the Concept of Punishment**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001

RODRIGUES JUNIOR, O. “ A Influência do BGB e da Doutrina Alemã no Direito Civil Brasileiro do Século XX”. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.

ROUSSEAU, J. **Du Contrat Social ou Principes du droit politique**. Paris: Union Générale d'Éditions, 1963[1762].

TERRA, R. **A Política Tensa: Ideia e realidade na Filosofia da História de Kant**. São Paulo: Iluminuras, 1995.

TOMÁS DE AQUINO. “Summa Theologica”. **Great Books of Western World**. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993[1485], v. 18.