

LEONARDO GRACILIANO DA CRUZ

**A DESOBEDIÊNCIA CIVIL
E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Taguatinga, DF

2009

LEONARDO GRACILIANO DA CRUZ

**A DESOBEDIÊNCIA CIVIL
E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Monografia apresentada à banca Examinadora da Faculdade de Ciências Sociais e Tecnológicas – FACITEC, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. MsC. Eduardo Mombrum de Carvalho.

Taguatinga, DF
2009

Ficha Catalográfica

C957 Cruz, Leonardo Graciliano da
A desobediência civil e a Constituição Federal de 1988 / Leonardo Graciliano da Cruz. – Taguatinga: [s.n.], 2009
99 f. ; 28 cm

Trabalho apresentado à Faculdade de Ciências Sociais e Tecnológicas – FACITEC, graduação em Direito, 2009
Orientador: Eduardo Mombrum de Carvalho.

1. Direito constitucional - Legislação. I. Título.

CDU 342.4

LEONARDO GRACILIANO DA CRUZ

**A DESOBEDIÊNCIA CIVIL
E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais e Tecnológicas – FACITEC.

Banca examinadora:

Taguatinga, DF, 25/05/2009.

Prof. MsC. Eduardo Mombrum de Carvalho (Orientador)
Faculdade de Ciências Sociais e Tecnológicas – FACITEC
Presidente

Prof. Gláucia de Oliveira Barbosa De Vico
Faculdade de Ciências Sociais e Tecnológicas – FACITEC
1ª Examinadora

Profª Drª. Erlil Helena Gonçalves
Faculdade de Ciências Sociais e Tecnológicas – FACITEC
2ª Examinadora

Dedico esta obra à minha família, que sempre esteve me apoiando durante a minha formação acadêmica e pessoal. Deus me presenteou com esse recanto de ternura e vigor.

Também dedico a todos aqueles que resistem incessantemente a qualquer tipo de opressão, ainda que para isso tenham que enfrentar a lei, a mídia, os chicotes, as algemas, ou mesmo as balas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Eduardo Mombrum de Carvalho, que com sabedoria me orientou nesse trabalho acadêmico.

Ao professor Fernando Rego, por seu humor e prontidão durante a elaboração desse trabalho.

Aos examinadores, que a partir de um instrumento de avaliação me ensinam a melhor estruturar os pensamentos, numa abordagem científica interdisciplinar.

Ao Dr. Marcelo Rezende Guimarães, que me iniciou no pensamento gandhiano.

À Flávia Carlet, da Rede Nacional de Advogados Populares (RENAP), que me forneceu energia (entusiasmo) e materiais para a elaboração desse trabalho.

A minha família, que me apoiou a todo instante durante o curso, sobretudo me fazendo permanecer na rota das sensibilidades sociais, para que em nenhum momento eu esquecesse que o Direito deve ser um instrumento contra toda opressão.

Ao governo federal, na pessoa do Presidente Lula, que me permitiu realizar o sonho de fazer um curso universitário.

“Todo poder sem controle
enlouquece.”

Émile-Auguste Chartier Alain

“O motim é a linguagem de
quem nada escuta.”

Martin Luther King

“Revolto-me, portanto existo.”

Albert Camus

RESUMO

Esse trabalho monográfico tem como objetivo geral analisar se a Constituição brasileira de 1988 dá ao cidadão o direito de desobediência civil. A relevância do tema se deve ao fato de o ordenamento ter como base a lei. Faz-se uma comparação da Constituição brasileira de 1988 com as constituições de outros países buscando verificar como é tratada a desobediência civil nos textos constitucionais. Analisa-se a elaboração e o sentido das leis e da obediência. Um tema importante para todos aqueles que vivem sob o jugo da lei.

Palavras chaves: Legalidade. Legitimidade. Direito de resistência. Poder. Lei. Obediência.

ABSTRACT

This monographic study aims to examine whether the general Brazilian Constitution of 1988 gives citizens the right to civil disobedience. The relevance of this issue is because of the ranking be based on the law. It is a comparison of the Brazilian Constitution of 1988 with the constitutions of other countries trying to see how it handled the civil disobedience in constitutional texts. Analyzes the development and direction of law and obedience.

An important theme for those who live under the yoke of the law.

Keywords: Legality, legitimacy, law of resistance, power, law, obedience.

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	11
2. OBEDIÊNCIA E SERVIDÃO: FUNDAMENTOS E SOLUÇÕES	12
3. DIREITO, INSTRUMENTO DO CONTROLE SOCIAL	19
4. O ESTADO E MONOPÓLIO DO DIREITO	23
5. LEI, PRODUTO DO ESTADO	33
6. LEGITIMIDADE	36
7. ESPÉCIES NORMATIVAS	40
8. O DIREITO CONSTITUCIONAL E A LIBERDADE	45
9. DIREITO DE RESISTÊNCIA	48
10. DESOBEDIÊNCIA CIVIL	55
11. NÃO-VIOLÊNCIA, UMA CARACTERÍSTICA ESPECIAL	60
12. ASPECTOS HISTÓRICOS DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL	69
13. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A DESOBEDIÊNCIA	72
14. DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO DIREITO FUNDAMENTAL	79
15. JUSTIFICATIVAS PARA A PRÁTICA DE DESOBEDIÊNCIA CIVIL	82
16. CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89

1.INTRODUÇÃO

A desobediência civil consiste no inatendimento público a uma ou mais leis com o fim de que o legislador a modifique. O tema da presente monografia é *A Desobediência Civil e a Constituição Federal de 1988*. Partindo da afirmação de que a lei é a base do ordenamento jurídico, esse trabalho tem como objetivo geral analisar se a Constituição Federal brasileira de 1988 outorga aos cidadãos o direito de desobediência civil.

Para atingir o objetivo almejado foi utilizada a metodologia dedutiva, partindo-se das idéias gerais sobre a obediência às normas e as constituições, verificando as suas possibilidades de resistência, até problematização sobre a desobediência civil na Constituição Federal de 1988. Para a realização dessa monografia foi realizado o procedimento de coleta de dados bibliográficos interdisciplinares.

A justificativa da escolha do tema funda-se primeiramente no interesse pessoal do autor pela matéria, resultado da sua educação familiar. A impressão de que os movimentos sociais, para atingir seus objetivos, por vezes precisam beirar a ilegalidade coadunou na escolha da hipótese de que “Os cidadãos tem um direito de desobediência civil amparado no texto constitucional de 1988”.

Justifica-se também a escolha do tema tendo em vista a importância social, jurídica e filosófica de se verificar o elemento primordial da vida humana (a liberdade) sobre o foco da elaboração e cumprimento das leis.

O tema importa a todos os operadores do Direito, vez que estes têm a lei como base de suas atuações; a aqueles que elaboram as leis; aos educadores, que dão sentido e eficácia às leis; e a todos os cidadãos, que cumprem as leis ou que resistem a elas.

2 OBEDIÊNCIA E SERVIDÃO: FUNDAMENTOS E SOLUÇÕES

Boff (2000), falando no sentido antropológico, explica que o ser humano é um ser de *protest-ação*, de ação de protesto. “Recusamo-nos a aceitar a realidade na qual estamos mergulhados porque somos mais, e nos sentimos maiores do que tudo o que nos cerca” (2000, p. 22). Citando Michiele Federico Sciacca, Boff argumenta que o ser humano é um ser em que não cabe nenhum equilíbrio e que, portanto, possui uma dimensão sã e uma dimensão patológica: “Porque não somos só *homo sapiens*. Somos hoje, fundamentalmente, *Homo demens*, duplamente *demens*, coisa esquecida na modernidade iluminista.” (2000, p.27).

O ser humano é um ser “enraizado”, cheio de limitações (língua, família, com um capital de inteligência e de afeto), e também é um ser de abertura, pois “ninguém segura os seus pensamentos, ninguém amarra as emoções” (p.27).

O dado antropológico que se encontra é que o homem é um ser de *imanência e transcendência*. É um ser que possui uma dimensão de abertura, “de romper barreiras, de superar interditos, de ir para além dos limites. É isso que chamamos de dimensão de transcendência. É uma estrutura de base do ser humano.” (p.28).

Durkheim *apud* Boff fala da capacidade do ser humano de criar utopias, sempre acrescentando algo ao real. Daí conclui que “não devemos nos enquadrar por ninguém, por papa nenhum, por governo nenhum, por ideologia nenhuma, por revelação nenhuma. O ser humano é um projeto ilimitado” (p.37).

Sobre o dever de obediência ao outro, Boff (2000) explica que o ser humano pode, “amorosamente acolher o outro dentro de si. Pode servi-lo, ultrapassando limites. Mas é só na sua liberdade que ele o faz, é só quando se decide a isso, sem nenhuma imposição” (p.37).

O ser humano é um ser criativo, pensa alternativas. E, se não consegue pensar, resiste e se rebela, levanta-se e protesta, ocupa terras e funda uma outra ordem, um outro direito difuso ligado à vida, ligado à liberdade. Não é o direito que enquadra, que privilegia, que afirma “essa é a norma, isso é o correto, isso é o constitucional”. A vida, especialmente quando submetida a coação, busca e cria outras

formas de ordenação. É sua transcendência que lhe confere essa liberdade criativa. Liberdade pelo menos de protestar e de se insurgir. E quando a opressão é de tal forma pesada, em face da qual não se pode mais fazer nada, pelo menos pode-se protestar, pode-se fazer uma absoluta recusa. Pode-se torturar o ser humano, e até matá-lo, mas ninguém lhe tira essa sua capacidade de se opor. (p.39).

Suess (2008) explica que a política do Estado constitucional procura “coordenar, ordenar e unificar a convivência de todos em torno de tarefas comuns da vida, como” (p.78), como a igualdade e a liberdade.

Contra a agressividade e a desigualdade da espécie humana, que são biológicas e culturais, liberdade e igualdade interculturais são conquistas da arte política, sempre ameaçada pela regressão à barbárie, que Freud denomina *pulsão da morte* (idem).

Freud *apud* Suess há uma pulsão (Eros) que procura fortalecer e unir as pessoas, se opondo a uma outra pulsão (Tanatos) que procura o contrário, é uma pulsão de morte. Nesse sentido Suess afirma que “ao proteger-nos contra a vontade destrutiva e agressiva da cultura e da natureza, o Eros é o grande político da humanidade”. Sendo a política, portanto “uma atividade erótica que se desenvolve sempre num campo conflitivo”. (p. 79) Desse conflito cria-se um mal estar presente em todos os subsistemas (político, religioso, jurídico), e nesse sentido é possível identificar esse conflito com o *mau encontro*¹ de que fala La Boétie.

Importa primeiramente diferenciar à obediência à norma legítima (seu acatamento em virtude de sua legitimidade), da servidão à tirania (La Boétie).

Tirania, segundo o *dicionário aurélio* é “1. Domínio ou poder de tirano. 2. Governo opressor. 3. Violência, opressão” (FERREIRA, 2006 p.777). Tirano, é o governante injusto, cruel ou opressor (*idem*).

Sobre a obediência, para Arendt (1999) o compromisso moral do cidadão em obedecer as leis decorre da suposição de que ele ou foi seu próprio legislador ou deu seu consentimento para que a lei fosse elaborada.

Bittar (2007, p.512-513) ensina que os limites à liberdade humana são necessários pois o homem é “capaz dos atos mais sublimes aos mais bestiais”.

¹ La Boétie fala que houve na história da humanidade um mau encontro que gerou um estado de submissão entre as pessoas. Para Suess há no ser humano um “mau encontro” constante entre a pulsão de vida e união e a de morte, gerando um mal estar presente em todos os subsistemas da sociedade.

Para a preservação da liberdade de todos e de cada um é necessário o respeito às leis.

Quanto à servidão, La Boétie (1986,) indaga como pode tantos homens e tantas cidades, ou mesmo nações suportarem às vezes do tirano, que tem apenas o poderio que lhe dão. Para ele o poder prejudicial do tirano consiste na tolerância do povo, que quando se sujeita esquece a liberdade de forma é difícil acordar para recobrá-la, passando a servir de tão bom grado “que ao considerá-lo dir-se-ia que não perdeu sua liberdade e sim ganhou sua servidão” (1986, p.10). Fala da servidão voluntária, no sentido de que não se trata de obedecer, mas servir, pois aceitar a tirania não implica em obediência e sim em um serviço de sacrifício.

Para La Boétie a primeira razão da servidão voluntária é o costume. Os homens vêm-se vencidos pela força. Os já nascidos “sob o jugo da força, educados e criados na servidão contentam-se em viver como nasceram” pensando não haver outros direitos senão os que encontraram na condição de seu nascimento.

Cabe afirmar que há alguns que sentem e enfrentam essa situação de submissão, não deixam de protestar, eis que mantêm a “lembrança de liberdade” (Maquiavel²).

Clastres (1986, p.108) comenta o discurso de La Boétie enfatizando que a sociedade na qual o povo quer servir ao tirano é histórica, não existiu desde sempre e nem é eterna, nesse sentido ela possui uma data de nascimento, de forma que algo teria ocorrido no passado para que os homens esquecessem a liberdade e caíssem na servidão_ Um acidente trágico, um *mau encontro* que substituiu o desejo de liberdade e aboliu a memória do antes. Desse mau encontro realiza-se o nascimento da História, a divisão entre a má e a boa sociedade, sendo a boa sociedade aquela em que a ausência natural da divisão assegura o reino da liberdade; e má sociedade aquela que permite o triunfo da tirania.

² Maquiavel em *O Príncipe* afirma que “Qualquer que seja a preocupação tomada, faça-se o que se fizer, se não se dissolver o Estado, se não se dispersar os habitantes, ver-se-á que na primeira oportunidade lembrarão, invocarão a sua liberdade, as instituições perdidas, esforçando-se por recuperá-las”.

La Boétie não diz que a sociedade sem opressão jamais existiu, nem procura alimentar ilusões sobre a possibilidade de seu retorno. Mas acredita que antes do mau encontro era assim a sociedade.

Em seu discurso La Boétie examina a sociedade dividida e verifica que os súditos querem servir para ter bens como se não pudessem jamais consegui-los por si próprios. A lei que passa a reger a sociedade é a vontade do tirano e cada um zela pelo respeito à lei, avaliando o próximo por sua fidelidade à lei.

O medo da liberdade torna o súdito cúmplice do Príncipe, segundo Clastres, e a obediência ao tirano exclui a amizade entre os súditos, ou seja, exclui o *afeto fraternal* que consiste no fundamento da vida em sociedade.

Chauí (1999) também comenta o discurso da Servidão Voluntária e percebe a idéia do mau encontro durante a Revolução Francesa. Para ela a liberdade não se distingue do desejo de liberdade, de forma que basta o desejo de ser livre para ser “servo de ninguém”.

Liberdade, Política e ação, para Arendt são interdependentes. A participação política é a expressão pública da liberdade, portanto o homem só é livre quando de fato exerce a cidadania.

Na opinião de Hobbes para a obediência é o permanente medo da morte e por isso a busca de segurança no Estado, no entanto por meio de um pacto. No entanto não se pode exigir que nesse pacto o cidadão se obrigue ao impossível, não podendo aceitar violência contra si, do contrário estaria indo contra as razões do pacto.

Faz-se necessário questionar agora: Como essa servidão se opera no hoje? Há alguma forma de superá-la?

A resposta a esse questionamento parece estar na teoria da racionalidade tecnológica de Marcuse (1982) e Lorenz.(1986).

Marcuse (1982) alerta que a sociedade industrial moderna se identifica como uma forma de personificação da razão, não obstante é irracional como um todo: possui uma produtividade que destrói o livre desenvolvimento das necessidades e faculdades humanas; possui uma paz mantida pela constante ameaça de guerra; o seu crescimento é dependente da repressão das

possibilidades reais de amenizar a luta pela existência (individual, nacional e internacional).

Partido desse ponto Marcuse questiona se a racionalidade tecnológica teria se tornado racionalidade política.

Ele identifica uma paralisia da crítica, isto é, uma sociedade sem oposição. Trata-se de uma homogeneidade objetivada e possibilitada pela tecnologia e pelo consumismo, que gerou uma igualização dos indivíduos.

A autonomia, a independência de pensamento, o direito à oposição estão, segundo Marcuse (1982), perdendo a função crítica básica e por isso, a sociedade industrial contemporânea corre sérios riscos de tornar-se totalitária, afinal, impede o que surjam oposições realmente eficazes.

Para esse autor, criam-se na sociedade falsas necessidades, que são determinadas por forças externas ao indivíduo, não tendo ele controle algum sobre elas. São falsas as necessidades impostas ao indivíduo e que geram a miséria e a injustiça _ amar o que os outros amam, odiar o que os outros odeiam, comer e vestir o que os outros comem e vestem. Tanto o desenvolvimento quanto a satisfação dessas necessidades são alheios à vontade e participação do indivíduo.

Somente os indivíduos livres podem identificar se as necessidades são falsas ou verdadeiras.

toda libertação depende da consciência de servidão e o surgimento dessa consciência é sempre impedido pela predominância de necessidades e satisfações que se tornam, em grande proporção do próprio indivíduo. (MARCUSE, 1982, p.29).

Lorenz (1986), por sua vez, complementa esse entendimento afirmando que tornou-se necessária a criação de organizações sociais complexas, que correspondam ao complexo aparelho de produção industrial, para que ele pudesse funcionar sem atritos. Nesse processo, para se encaixarem, os indivíduos tiveram de ser desindividualizados, eis que devem exercer funções precisamente estabelecidas.

Para Lorenz o indivíduo mantém uma ilusão de individualidade quando, na verdade, abrimos de parte de sua liberdade e a aprovação da ordem social reinante pode levar à perda da individualidade.

A psicóloga Monteiro *apud* Garcia explica que as constantes mudanças sociais e culturais criam nos indivíduos uma falsa idéia de ordem e de aparente liberdade contidas nas reservas culturais. Esse entendimento vai de encontro à teoria sociodramática de Moreno³.

Marcuse (1982) explica que o fator decisivo para a determinação do grau de liberdade humana não é o alcance da escola aberta ao indivíduo, e sim o que se pode escolher. E o critério para a escolha não pode ser absoluto ou inteiramente relativo: escolher os senhores livremente não abole os senhores ou os escravos, tal como a livre escolha de produtos e serviços não implica liberdade se estes sustentam alienação.

Para Marcuse (1982) o Estado do Bem Estar Social é um Estado de ausência da liberdade pois restringe sistematicamente: a) o tempo livre (e não horas de lazer) tecnicamente disponível, admitido pela política e pelos negócios; b) a qualidade, a quantidade e o tipo de mercadorias e serviços tecnicamente disponíveis para as necessidades vitais; c) a inteligência capaz de compreender e perceber as possibilidades de autodeterminação.

Loewenstein *apud* Garcia (2004), fala do papel das propagandas políticas e dos meios de comunicação de massa nos processos democráticos para formar a opinião dos indivíduos. A propaganda não apresenta os prós ou contra de uma determinada questão para que o indivíduo possa formar a sua própria opinião. A democracia passa a ser regulada por técnicas de propaganda e *marketing* e a liberdade como opção política da vida fica ameaçada.

Bittar (2007) acentua que a política esta cada vez mais dependente dos meios de propaganda, em virtude dos avanços tecnológicos, de meios de comunicação modernos “como elementos constitutivos do relacionamento humano em sociedade e as necessidades daí decorrentes daí decorrentes tem feito do jogo político também um jogo de efeitos especiais” (p. 285).

³ A teoria de J. L. Moreno demonstra que o indivíduo na maioria das vezes está sob as condicionantes das reservas culturais. Compreende como conserva os produtos tidos como acabados na sociedade, isto é, aqueles que assumiram uma condição de perfeitos e por isso “sagrados”, sendo vistos como imutáveis. Asseguram a continuidade de uma herança cultural, porém inibem o desenvolvimento da criatividade e da espontaneidade. Para esse teoria o primordial para o bem estar psíquico do ser humano é o desenvolvimento da sua espontaneidade, fazendo com que o indivíduo possa ser protagonista de sua história e apresentar respostas diversas às situações da vida.

Swartzenberg *apud* Bittar(2007) revela que o totalitarismo encontrou como a melhor forma de alienação e dominação das massas os mecanismos de ideologia difundida por meios de propaganda.

Tendo a resposta sobre o questionamento de como se opera a servidão voluntária na atualidade, persiste o questionamento sobre a possibilidade de superação dessa servidão.

A resposta a esse questionamento pode ter supedâneo em Foucault, que pensa a questão do poder e da arbitrariedade dos modos de ser sociais.

Foucault não discute o poder de uma classe sobre a outra, ou do Estado. Para ele há uma capilaridade e descentralidade de poderes que penetra em todos nos níveis sociais. O Estado assume o papel de coordenador das relações de microfísica de poder.

Parece-me que, em uma sociedade como a nossa, a verdadeira tarefa política é a de criticar o jogo das instituições aparentemente neutras e independentes; criticá-las e atacá-las de tal maneira que a violência política que se exercia obscuramente nelas seja desmascarada e que se possa lutar contra elas. (Ditos e escritos, 2003, p. 27).

Em *Vigiar e Punir* Foucault fala do biopoder, que consiste numa modalidade de poder, qual seja o poder sobre a vida, que determina a constituição do ser do indivíduo. O biopoder exerce vigilância permanente e mecanismos de punição sobre os dominados.

Para Foucault o direito serve como mecanismo de normalização de comportamentos sociais unida à outras formas não jurídicas de normalização da sociedade disciplinar. O direito é instrumento do exercício do poder. Ele se codifica e passa representar mais que um acervo de normas positivadas, representa a coletânea de instrumentos dos mecanismos de adestramento dos copos pelo consenso social que o legitima.

Fonseca (2002) chama a atenção para a afirmação de que Foucault também reconhece a possibilidade das práticas jurídicas servirem de instrumento de luta contra os mecanismos de normalização da sociedade disciplinar.

A resposta ao questionamento sobre alguma forma de reação ao poder e fim da servidão, encontra-se em Foucault o entendimento de que a

resistência possível consiste na idéia de um “direito novo”, que seja cúmplice do ideal de liberdade.

Contra o direito legalista, estático, procedimental, burocrático e imóvel Foucault propõe “um direito com práticas jurídicas móveis, que seja dinâmico, dentro de uma legalidade maleável”. Um direito que garanta a liberdade e a diferença e que esteja em transformação permanente.

Bittar enfatiza que partindo desse entendimento é imperdoável “uma sociedade que se aceite permanentemente a mesma a partir de seus códigos, de suas leis, de suas práticas punitivas, e de suas concepções de ilicitude e de licitude” (2007, p.308).

Para Bittar “uma sociedade parálitica do ponto de vista do “cuidado de si própria”, onde *alter* e *ego* se encontram na esfera pública, nos termos de uma ética, é uma sociedade que delega a outros a tarefa de fazer dela um espaço de si” (p.308-309).

Reproduz-se aqui um trecho da síntese de Bittar (2007, p.309-310) sobre as a proposta de Foucault:

Do exposto se percebe que as preocupações de Foucault convergem, portanto no seguinte sentido: (a) para a quebra da pretensão da universalidade; (b) para a desestatização da competência de ‘dizer o direito’ e para a pluralização da participação popular na formação da identidade jurídica e legislativa; (c) para a constante modificação das práticas jurídicas, para seu revisionismo diuturno, no ritmo em que a sociedade e as instituições se alteram; (d) para a quebra da importância da forma nas práticas jurídicas, pois geralmente são impeditivas e engessantes do acesso popular à justiça; (e) para a reinvenção permanente das leis e dos códigos, com vistas a sua permanente adequação a contextos diferenciados; (f) para a eticização das práticas jurídicas, a partir da idéia de que a liberdade e a autonomia de responsabilidade individual sugerem o aumento da capacidade ética de convívio humano, apelando menos à repressão e à castração normalmente veiculadas por normas jurídicas; (g) para a experimentação constante dos modos pelos quais se pratica a pena criminal; (h) para a quebra da pretensão ‘normalizadora’ do direito (‘direito disciplinar’) e para garantia da pluralidade pelo direito (‘direito antidisciplinar’), o que faz com que convirja mais com a sociedade e sirva menos à homogeneização das condutas sociais e ao servilismo ao poder.

3 DIREITO, INSTRUMENTO DO CONTROLE SOCIAL

Segundo Lyra Filho (2007) há mais dificuldades em dissolver as imagens falsas ou distorcidas sobre o Direito do que conceituá-lo. A palavra Direito é frequentemente associada a palavra Lei, levando muitas vezes a conclusões enganosas. No inglês, *law* designa as duas coisas (quando referem-se exclusivamente ao Direito usam a palavra *Rigth*), porém isso não significa que este não possa significar um Direito legal, mas em outras línguas essas expressões são identificadas de formas diferentes: *jus* e *lex*, no latim; *derecho* e *ley*, no espanhol; *diritto* e *legge*, no italiano; *jog* e *törvény*, em húngaro; e assim por diante. No grego porém a palavra *nomos* (lei) não se identifica com o Direito e a palavra *Dikaion* transmite a idéia de Direito justo, proferido pela divindade.

Para o mesmo autor a questão não se reduz a um problema meramente de vocabulário e sim a questão do que aceitamos como Direito.

Ocorre que, para Lyra Filho (2007) a lei sempre emana do Estado e está sempre ligada a uma classe dominante.

Marx (1956) argumenta que o Estado fica sob o controle daqueles que dominam o processo econômico e as leis expressam os interesses da classe dominante.

Rousseau (2008) fala da vontade geral que funda o pacto social. Essa vontade geral transcende os interesses individuais. As leis são criadas para que se mantenha a ordem e tendo como princípio a soberania popular.

Segundo Lyra Filho (2007) não se pode afirmar que toda legislação seja Direito legítimo indiscutivelmente. A identificação da Lei com o Direito em si é uma estratégia ideológica do Estado, para tentar nos convencer que as contradições cessaram e que o poder “atende ao povo”.

A lei, para Montesquieu (1979), surge quando passa a existir entre grupos sociais um estado de guerra de nação contra nação. Surge a lei como um “regulamento recíproco entre as nações”. Montesquieu não se filia ao pensamento hobbesiano de guerra de todos contra todos que justifica a

necessidade do Estado, ele apenas acredita que as guerras entre as nações provocaram a origem da legislação.

A noção de lei, em Montesquieu, não se restringe a lei humana, positivada, e também não se trata da idéia de lei como divina. Bittar (2007) explica que Montesquieu “aproxima a idéia de lei jurídica à de lei científica” (p.195-196), resultando no afastamento da ciência política da submissão à teologia. Retira-se disso um jusnaturalismo historicista de Montesquieu, pois a lei positiva não implica toda a justiça.

A lei não se restringe ao que o Estado qualifica como justo ou injusto, e antes de todas as leis positivadas existiam as da natureza.

A definição do que é justo ou injusto para ele deve ser resultado do estudo do processo histórico, pois a razão realiza-se na História.

Bittar (2007) explica que não há como ver o indivíduo fora da história, pois esta é um imperativo para a condição humana. Daí sugere que a história não deve ser concebida como “o conjunto dos fatos passados” pois a perspectiva histórica age dialeticamente, “condicionando a co-existência humana no hoje e no amanhã, a partir do passado”. Há sempre uma interligação entre presente, passado e futuro.

Reale (1999) verifica que a experiência jurídica consiste numa experiência histórico-cultural. A interação entre fato, valor e norma se dá num movimento dinâmico em que dialogam o que é moralmente aceito, o que se objetiva para o futuro, as lutas de classe, o possível de realizar-se, etc.

A norma jurídica, para Reale, não é todo o Direito. Em sua Teoria Tridimensional do Direito ele defende que a norma jurídica é apenas uma das dimensões do Direito, quando há outras dimensões na experiência jurídica, quais sejam o fato e o valor.

A teoria realeana explica que a norma é inspirada pelos valores e pela forma em que o Direito responde os fatos da vida social. Assim ensina:

Posto isto, sendo a experiência jurídica uma das modalidades da experiência histórico-cultural, compreende-se que a implicação polar FATO-VALOR se resolve, a meu ver, num processo normativo de natureza intrigante, cada norma ou conjunto de norma representando, em dado momento histórico e em função de dadas circunstâncias, a compreensão operacional comparável com a incidência de certos

valores sobre os fatos múltiplos que condicionam a formação dos modelos jurídicos e a sua aplicação. (REALE, 1999, p.220).

Sobre a interação entre história e valor Reale diz:

A História do Direito revela-nos um ideal constante de adequação entre a ordem normativa e as múltiplas e cambiantes circunstâncias espaço-temporais, uma experiência dominada ao mesmo tempo pela dinamicidade do justo e pela estabilidade reclamada pela certeza e pela segurança. (REALE, 1999, p.572).

Reale (1999) usa dois conceitos que demonstram a mutabilidade e a constância na História do Direito:

- a) Constelações axiológicas: comportamentos coletivos e individuais vigentes em determinado período histórico, são mutáveis.
- b) Invariantes axiológicas: valores que integram nosso patrimônio ético, ou seja, que são gravados na consciência histórica da humanidade.

Quando um determinado valor é elevado à categoria de invariante axiológica ele adquire caráter permanente.

Lyra Filho (2007 p.13) explica que na leitura marxista de Gramsci “a visão dialética precisa alargar o foco do Direito” e assim abranger as pressões coletivas e as “normas não-estatais de classe e grupos espoliados e oprimidos” que surgem na sociedade civil.

Nesse sentido não convém restringir o Direito à esfera legislativa, pois ele indica princípios libertadores “considerando a lei um simples acidente no processo jurídico, e eu pode, ou não transportar as melhores conquistas”.

Filiando-se a essa tese surgem idéias como o Direito Achado na Rua, que tem como princípio a valorização da fonte social como criadora do Direito. Fonte social significa os anseios, conhecimentos, metas e valores de uma sociedade em constante transformação. Também fala-se da “*justiça coexistencial*” (Cruz, 2008, p.5), na qual apresentam-se novos métodos de composição de litígios, tendo como motivação a procura da paz social, com pouca interferência do magistrado (juizados especiais, novos procedimentos, conciliação, mediação, etc).

4 O ESTADO E MONOPÓLIO DO DIREITO

Lafer (1978) explica que o Estado Moderno no seu processo de consolidação foi assumindo o monopólio da produção jurídica.

Para Bastos (2002) o Estado é o resultado de um longo processo evolutivo na maneira de organização do poder

O objeto fundamental de uma Constituição, para Bastos (2002) é a regulação jurídica do poder. A Constituição dará a forma de organização desse poder, a sua concentração, as suas formas de controle e exercício.

O poder social é percebido em todas as formas de relações humanas, e para esse autor consiste na faculdade de alguém impor sua vontade a alguém. O poder não deve ser confundido com força, mas isso não significa dizer que não possa fazer uso desse instrumento. Embora não possa ser confundido com força, devemos observar ao menos a possibilidade da aplicação desta no exercício do poder, caso contrário teríamos na verdade uma mera persuasão. Há no poder uma sujeição da vontade do dominado, que teme as conseqüências de sua não-sujeição.

O poder político é aquele exercido no Estado e para o Estado. O poder do Estado é supremo sobre qualquer outro que se encontra em sua jurisdição. Todos os outros poderes (econômico, religioso, sindical, etc) continuam vivos no âmbito da organização política, mas nenhum deles pode exercer a força como instrumento de autoridade própria.

As atuações políticas, necessariamente precisam se enquadrar nos moldes do Direito. Embora com muita freqüência a política tente “abandonar os parâmetros jurídicos” pode-se concluir como em Reale (1999) que o poder não existe sem o Direito, mas que em diferentes graus de juridicidade.

Por isso, Bastos (2002 p. 21-25) enfatiza que “o poder constitui o Estado. Não pode haver Estado sem Constituição” o Estado “nada mais é do que uma comunidade transformada pelo exercício sobre ela do Poder Político”.

O autor explica que não é possível que o poder seja exercido no Estado somente com o uso da força, e por isso ele sempre precisa ser justificado e essa justificação o torna jurídico.

Um questionamento latente é se o Estado se subordina inteiramente ao Direito, se o direito prestaria apenas a dominação dos súditos ou também do Estado. O que se observa é que o Estado moderno tem se portado ao ordenamento jurídico, embora haja bastante dificuldade em sancionar o Estado quando ele descumpra as regras jurídicas criadas por ele.

Essa sujeição do Estado ao Direito se dá como uma “necessidade lógica de coerência” pois o Estado Moderno para que tenha legitimidade não exclusivamente impor normas, ele deve também sujeitar-se a elas. Sendo o povo o titular da soberania, o estágio de democracia busca impedir ele seja subordinado ao exercício de um poder arbitrário e sem legitimidade.

Junto à questão da legitimidade, a subordinação do Estado ao Direito dar-se também em função de uma contenção do poder, não apenas em ordem formal, como também de ordem material, ou seja, em relação as regras que impedem o Estado de invadir as esferas individuais ou de grupos sociais menores. Trata-se, nesse aspecto de instrumento jurídico de garantia.

Bastos (*idem*) lembra que há um perigo na proliferação de atividades assumidas pelo Estado, pois entende que isso pode colocar em risco a liberdade dos indivíduos. “Daí por que se faz hoje importante não só a limitação das atividades do Estado pelo direito, mas também a contenção das próprias atividades do Estado.” Conforme aumentam os fins do Estado ampliam-se também a sua possibilidade de aplicação da força coercitiva.

Bastos explica que a institucionalização do poder, fazendo surgir o Estado, não faz desaparecer a sociedade, esta “continua a desempenhar e cumprir uma série de funções que o Estado, mesmo o mais autoritário, jamais assumiu” (2002, p. 7).

Por outro lado a sociedade “recobrou a sua importância” com o liberalismo, fazendo assim com que o Estado se limitasse a expressões mínimas, deixando-o responsável pelas atividades indispensáveis para a manutenção da ordem e para dar condições para que a sociedade possa atingir seus fins.

Nos dias atuais pode-se encontrar pessoas que defendam o Estado como um ente com a função de assegurar as condições mínimas para que a

sociedade atinja seus fins culturais, econômicos, sociais, etc, e pessoas que defendem um Estado que cuide de todos esses elementos para a sociedade.

Pode-se dizer que existe um Estado “cuja demarcação coincide com o aparato burocrático formado pelo políticos e pelos profissionais que compõe o seu quadro” (2002, p. 7-8), porém não deve-se confundir esse Estado com o que se chama *governo*. Por isso usa-se a expressão Estado-sociedade para abarcar essa totalidade, qual seja, a organização governamental e a própria comunidade.

Barile apud Bastos (2002) explica que:

Estado democrático contemporâneo tende sempre mais para uma solução de desdobramento entre Estado-aparato e Estado-comunidade: entendendo-se por Estado-aparato o complexo organizado que realiza o poder supremo, e por Estado-comunidade o complexo organizado de sujeitos de quem o Estado conhece um poder autônomo, enquanto expressão direta do organismo social interno da comunidade. Evita-se confiar ao primeiro (isto é, apesar de superestrutura que grava o ato) todo o encargo típico do Estado, preferindo distribuir entre órgãos e instituições do Estado-comunidade (entre instituição menos burocrática, mas imediatamente vizinha aos homens que vivem no Estado) um grande número de interesses a tutelar. Tal instituição do Estado-comunidade baseia-se num conceito essencial, aquele de autonomia no âmbito do Estado e com respeito aos princípios fundamentais do mesmo.
(BASTOS, 2002, p. 9-10).

Importa analisar a expressão adotada na Constituição para definir o modelo de Estado Brasileiro, verificando, portanto, quais os elementos que compõem essa definição. O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 reza que:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I. a soberania;
- II. a cidadania;
- III. a dignidade da pessoa humana;
- IV. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V. o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Bittar (2007) explica que esse artigo representa mais do que um ponto de partida para a hermenêutica constitucional, representa “o ponto que define

as relações de equilíbrio entre as instâncias do poder e entre o poder e a sociedade” (2007, p. 25).

Bittar (2007), assim como Tavares (2007), parte do preceito constitucional de que “todo poder emana do povo”, do qual se estabelece a afirmação de que “a origem de toda a legitimidade do poder se dá a partir do respeito à participação e à vontade populares” (BITTAR, 2007, p. 25).

Chega-se à conclusão de que o poder não apenas emana do povo, mas também se justifica somente com a participação ativa do povo nas instâncias do poder.

Pode-se afirmar que o poder não existe por si mesmo, ele só existe em função dos interesses da sociedade, reportando-se sempre ao povo. “Nesse sentido, o poder opressivo seria um contra-senso, desautorizado pela noção jurídica cristalizada no parágrafo único do art. 1º da Constituição de 1988” (*idem*).

O artigo 1º da Constituição estabelece a estrutura política e os fundamentos do Estado brasileiro. Nele se estabelece a forma de Estado (Federação), de governo (República) e o regime de governo (a Democracia). Também estabelece o referido artigo o titular do poder do Estado (o Povo).

Capez (2005) ensina que Estado Democrático de Direito significa mais do que Estado de Direito.

Para Capez Estado de Direito assegura apenas a igualdade formal entre os homens e tem como características:

- (a) a submissão de todos ao império da lei; (b) a divisão formal do exercício das funções derivadas do poder, entre os órgãos executivos, legislativos e judiciários, como forma de evitar a concentração da força e combater o arbítrio; (c) o estabelecimento formal de garantias individuais; (d) o povo como origem formal de todo e qualquer poder; (e) a igualdade de todos perante a lei, na medida em que estão submetidos às mesmas regras gerais, abstratas e impessoais; (f) a igualdade meramente formal, sem atuação efetiva e interventiva do Poder público, no sentido de impedir distorções sociais de ordem material.

Segundo Capez (2005) o Estado de Direito foi um avanço contra a arbitrariedade monárquica, mas não tratou da carência social. Limita-se apenas a tutelar uma igualdade perante a lei e a não-intervenção em garantias mínimas.

Já a expressão “Estado Democrático de Direito”, segundo Capez (2005), proclama mais do que a igualdade formal entre os indivíduos. Proclama a imposição de deveres e metas para a construção de uma sociedade justa, livre, solidária, pelo desenvolvimento nacional, pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução de desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum; pelo contate ao preconceito de raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação, pelo pluralismo, liberdade de expressão de resgate da cidadania, pela afirmação de que o povo é a fonte única do poder, pelo respeito à dignidade humana (CAPEZ, 2005, p. 6).

Para Bittar (2007, p.25-26) quando Constituição fixa que a República Federativa do Brasil constitui um “Estado Democrático de Direito” quer expressar um instrumento jurídico contra a arbitrariedade. “Isto porque a expressão *Estado Democrático de Direito* vincula seja o Estado, seja a Democracia à idéia de Direito”. Significa dizer que a Democracia e o Estado serão exercidos dentro dos limites jurídicos brasileiros. “Isto porque a palavra *Direito*, justaposta ao final da expressão *Estado Democrático de Direito*, está a vincular todo o arcabouço de sentido que possui a idéia de respeito às regras jurídicas”.

Bittar conclui que o Estado Democrático é aquele exercido “pelo povo, para o povo, em que a idéia de pluralismo predomina”, e tem como característica a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos.

Pode-se dessa maneira afirmar que política (Estado e Democracia) e Direito (Estado e Legalidade) são idéias interdependentes no ordenamento brasileiro, objetivando o Bem Comum e sendo instrumentos contra a arbitrariedade do governante.

4.1. Princípios do Estado Democrático de Direito

Os princípios do Estado Democrático de Direito abrange os princípios da ordem política, os princípios da ordem tributária e orçamentária, os princípios da ordem econômica e financeira e os princípios da ordem social. Passa-se

agora a análise dos princípios da Ordem política, na qual se busca verificar se neles se encontram possíveis brechas para o direito de resistência.

4.1.1 Princípios da Ordem Política

Segundo Mendes (2008, p.147-148) os princípios da Ordem Política tratam da estrutura da nossa organização política. Eles estão agrupados nos dois primeiros títulos da nossa constituição, quais sejam: *Dos Princípios Fundamentais* e *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*.

a) Princípio Republicano

Esse princípio está expresso no *caput* do art.1º da Constituição de 1988 e se refere à opção brasileira pela *república constitucional*. Dessa maneira não se faz distinções entre os cidadãos, de maneira que todos os indivíduos que preencham as *condições de capacidade* podem ter a investidura no poder aos cargos públicos em geral. Esse princípio se opõe ao princípio monárquico, nele os dirigentes são escolhidos pelo povo diretamente ou por seus representantes e ficam e exercem seus mandatos por um período limitado.

Mendes (*idem*) coloca como elementos caracterizadores da República: a “a existência de uma *estrutura político-organizatória* garantidora das liberdades civis e políticas”; um “*catálogo de liberdades*, em que se articulem o direito de participação política e os direitos de defesa individuais; reconhecimento de território autônomos, sob a forma federativa ou de regiões ou locais autônomos; “*legitimação do poder político*, consubstanciada no princípio democrático de que a soberania reside no povo, que se autogoverna mediante leis elaboradas preferencialmente pelos seus representantes”; e por último, a “opção pela *eletividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade*, como princípios ordenadores do acesso ao serviço público em sentido amplo”.

Para alguns doutrinadores, (GARCIA, COSTA, BUZANELLO), desse princípio republicano se origina o *princípio da cidadania*, que consiste na participação popular no cuidado da *res publica*. Separada enquanto princípio, ou não, o fato é que a cidadania constitui um dos fundamentos do Estado republicano, (art. 1º, II, CF).

b) Princípio do Estado Democrático de Direito

Esse princípio também está estampado no *caput* do art.1º da Constituição de 1988 e é considerado um dos fundamentos da República. Está também em dispositivos de outras Leis Fundamentais, como é o caso da Espanha, França, Índia, Itália e Portugal.

Estado Democrático de Direito é, para Mendes (2008, p.148-150), “a organização política em que o poder emana do povo”. Sendo o povo o detentor do poder, ele o exerce diretamente ou por meio de seus representantes. Importa dizer que a escolha desses representantes obedece a *condições de capacidade* e critérios que a própria Constituição estabelece: eleições livres e periódicas, sufrágio universal, voto secreto e direto, mandados limitados a um dado período.

No que trata das relações entre o Poder e o indivíduo, entende-se como *democrático* o Estado de Direito que assegura aos cidadãos “o exercício efetivo” dos direitos políticos, civis, econômicos, sociais e culturais.

De melhor maneira Mendes explica:

Noutras palavras, como se verá em capítulo específico, o Estado Democrático de Direito é aquele que se pretende *aprimorado*, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos *liberal* e *social* que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da História. (MENDES, 2008, p.149)

Esse princípio é fonte de diversos outros, como o da separação dos Poderes, da legalidade, o da isonomia, do pluralismo político, e mesmo o da dignidade da pessoa humana_ embora este último seja considerado por alguns

doutrinadores como valor superlativo (QUEIROZ apud MENDES) ou supraconstitucional (REALE).

Para Bastos (2002), seria errôneo falar em democracia, sem a participação efetiva dos indivíduos na sociedade, nos negócios do Estado.

c) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Reale *apud* Mendes (2008) considera a pessoa *valor-fonte* dos demais valores, pois possui singularidades que a torna única em meio a conceitos como coletividade, classe, raça, consciência coletiva e nação. O *Princípio da dignidade da pessoa humana* considera uma hierarquia supraconstitucional e valor pré-constituente. Esse posicionamento, de adoção desse princípio como supraconstitucional é recorrente entre os doutrinadores, mas enfrenta críticas de outros doutrinadores, como Alexy *apud* Mendes (2008), que sustenta a *relatividade* desse valor.

No âmbito normativo, a consideração sobre a dignidade da pessoa humana está presente em textos Constitucionais de diversos países do mundo. Também encontra-se remissão a ela em diversos documentos das organizações internacionais, como a Carta das Nações Unidas em 1945. Bobbio (1992) explica que esse alcance internacional da temática da dignidade da pessoa humana percorreu primeiramente o interesse de filósofos, posteriormente os textos nacionais e por fim chegou aos textos internacionais. Para Mendes (2008, p.150-155) trata-se, contudo, de um caminhar da “universalidade abstrata dos direitos naturais”, passando pela “particularidade concreta dos direitos positivos”, até chegar na “universalidade concreta dos direitos positivos universais”.

Ocorre que no plano dos fatos tem-se verificado uma grande dificuldade na concretização desse princípio. Questões de ordem cultural e carência de recursos são algumas das aporias para a concretização desse princípio.

O esforço no Brasil para a concretização desse princípio é demonstrado em dispositivos como os §§3º e 4º do art.5º da Constituição inseridos pela

Emenda Constitucional nº45 de 2004. O mesmo se pode dizer do §5º do art. 109, acrescido pela mesma Emenda Constitucional. Também há inúmeras jurisprudências que concretizam o princípio da dignidade da pessoa humana.

d) Princípio da Separação dos Poderes

Princípio formulado por Montesquieu, em sua obra *Do espírito das leis*, para evitar que uma única pessoa tenha o poder de instituir leis, julgar e administrar. Esse princípio foi extremamente significativo na constituição da idéia de Estado Democrático de Direito. A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, já mencionava que a sociedade para ter uma constituição reconhecida teria que assegurar os direitos individuais e a separação dos poderes.

Em nossa constituição, esse princípio está impresso no art. 2º, no qual os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, são tidos como independentes e harmônicos. Há que se dizer, todavia, que numa interpretação mais moderna, esse princípio embora seja *clausula pétrea* deve ser flexibilizado, no sentido de que, embora atipicamente os poderes exercem funções diferentes da sua função principal, a isso damos o nome de

O melhor termo, segundo Mendes (2008) seria *Separação de Funções Estatais*, e não de poderes, vez que, modernamente, o *poder* é uno e indivisível e tem como seu titular o povo.

Afirma-se, portanto, como objetivos desse princípio: a limitação do poder do Estado, evitando o arbítrio e desrespeito aos direitos fundamentais do homem; a fiscalização recíproca entre os “poderes”; e proteger a estrutura do Estado Democrático de Direito.

e) Princípio do Pluralismo Político

Esse princípio transcende a idéia de *preferências políticas*, trata-se na verdade de um princípio que refere um pluralismo na *polis*, quer dizer, um direito fundamental à livre escolha de caráter político, religioso, econômica, cultural e social, ou seja, direito à diferença.

Para Mendes (2008, p. 156-157), garante-se com esse princípio a liberdade do indivíduo para dirigir a sua vida como bem quiser, respeitadas algumas restrições constitucionais.

Esse *direito à diferença* compreende: a tolerância a “aquilo que se desaprova *mas não se pode impedir*”; também abarca o compreensão de que há outras convicções diferentes, ou mesmo contrárias, as nossas; e por fim, reconhece o direito ao indivíduo de “levar a vida como lhe convier” desde que não prejudique o direito de outrem.

A idéia de *pluralismo* está relacionada à idéia de *tolerância*, que abole qualquer forma de discriminação ou preconceito em virtude das diferenças.

Para Oliveira (2008) pluralismo político é o “poder dado ao cidadão de expressar sua opinião política, bem como, de reunir-se por meio de associações sindicatos, Igrejas e outra formas”

f) Princípio da Isonomia

Significa “tratar os igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade” (MENDES, 2008, p.157). A Constituição abraça o princípio da isonomia ao afirmar que “todos são iguais perante a lei”. Há que se afirmar que, para parte da doutrina dizer que todos são iguais *perante* a lei não é o mesmo que todos são iguais *na* lei, mas essa diferenciação não tem muita relevância em nosso pesquisa pois são destinatários desse princípio tanto os aplicadores da lei quanto o próprio legislador.

Forststoff *apud* Mendes (2008, p.157-158) defende o caráter suprapositivo desse princípio, no sentido de que é anterior ao Estado, e por isso teria de ser respeitado ainda que não constante no texto constitucional.

g) Princípio da Legalidade

A Constituição deixa claro que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, assim, consagrou-se a lei como forma de regulação jurídica das relações na sociedade.

5 LEI, PRODUTO DO ESTADO

O inciso II, do art. 5º da Constituição determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Quer a Constituição afirmar que somente a lei pode obrigar ou impedir a execução de um ato.

Segundo o dicionário *Aurélio* lei é:

1.Regra de direito ditada pela autoridade estatal e tomada obrigatória para se manter a ordem e o progresso numa comunidade. 2. Norma(s) elaborada(s) e votada(s) pelo poder legislativo. 3. Obrigação imposta pela consciência e pela sociedade. 4. Normas, regras. (FERREIRA, 2006, p. 511).

Bobbio (2002, p.165-185) explica que em toda a historia do pensamento político questiona-se “É melhor o governo das leis ou o governo dos homens?” e lembra que Aristóteles já enfatizava que “A lei não tem as paixões que necessariamente encontramos em cada homem”.

Para Garcia (2004, p.72-76) a lei expressa de um lado a contenção do poder do Estado, vivenciado em um contexto histórico, e por outro lado a enquadramento dos direitos humanos. Em outras palavras, a lei é um elo que “relaciona juridicamente poder e liberdade, Estado e indivíduo” (*idem*). Mas

ênfatiza a mesma autora que somente se tender à realizaçãõ da justiça a lei pode fazer essa conciliaçãõ.

Jaeger apud Garcia (*idem*) diz que “a lei deve ser o encontro de algo verdadeiro e real” e isso equivale ao modo grego de dizer que a lei tem de ser justa.

Para Rousseau o Estado é resultado de uma vontade geral e as leis devem ser feitas, com base na idéia da maioria, na tentativa de um consenso. Ocorre que nos dias atuais, com um grande avanço na área científica (sobretudo no que se refere à tecnologia e à biomedicina), encontrar um padrão moral que possa ser compartilhado por pessoas de diferentes moralidades constitui, para Engelardt (2004), um dos maiores desafios à moral contemporânea.

Diniz (2009. p.8) ressalta a partir do Biodireito que se faz necessária uma “*biologizaçãõ* ou *medicalizaçãõ* da lei, pois não há como desvincular as ciências da vida”. As leis devem com cautela determinar até onde a ciência e a tecnologia podem avançar sem que fira a dignidade da pessoa humana e a qualidade de vida_ tutelada desde as células até o meio ambiente (macrobioética). No mesmo sentido, Sen (2000) explica que o desenvolvimento deve se ligar à idéia de liberdade e deve ser centrado não no Estado, mas na pessoa humana.

A idéia de lei como elemento de conciliaçãõ entre Estado e indivíduo, entre poder e liberdade está impregnada de idéia de justiça _ como em Kelsen apud Garcia _ de forma a assegurar a paz social.

O conceito de lei para Bastos (2002, p.584) é “todo ato que, originário do Poder Legislativo e produzido segundo um procedimento descrito na Constituição, inova originariamente a ordem jurídica”.

A positivaçãõ é o aspecto mais característico do Direito em nossos dias. Conforme Reale (1999) as normas jurídicas não são apenas esquemas ideais, são resultado de “um trabalho de aferiçãõ dos dados da experiênciã” e articulam fatos e valores.

Reale (1999) faz uma reflexãõ sobre a obrigatoriedade ao mando das leis:

Quais as razões pelas quais nós, que nos temos em conta de seres livres, somos obrigados a nos subordinar a leis que não foram posas por nossa inteligência e por nossa vontade? É lícito contrariar leis injustas? Qual problema que se põe para o juiz ou para o estadista, quando uma lei positiva se revela, de maneira impressionante, contrária aos ditames do justo? Qual o fundamento do Direito na sua universalidade? Repousa ele apenas no fundamento empírico da força? Reduz-se o Direito ao valor utilitário do êxito? Brotará a estrutura jurídica, inexoravelmente, dos processos técnicos de produção, ou representa algo capaz de se contrapor, muitas vezes, às exigências cegas da técnica? (1999, p. 184).

Reale reconhece que a lei pode trilhar caminhos não previstos, não atingindo seu objetivo originário ou mesmo não alcançar aceitação.

A razão da obediência a um preceito legal é a sua legitimidade, por isso ela obriga. Nesse sentido José Eduardo Faria apud Garcia (2004) endente que a perda da confiança nas soluções normativas é uma característica da crise do Direito contemporâneo. A violência por si só não gera autoridade.

A pertinência da indagação de “Por que devemos obedecer as leis? Se desobedecermos poderemos ser coagidos? Até que ponto e em favor de quem?” encontra respostas em teóricos diversos.

Locke (2007) diz que “onde não há lei, não há liberdade” pois para ele as leis são garantias de um “bem geral” e “mal merecem ser chamadas de limitação” e o desejo de fugir das leis é “indisciplina” ou mesmo “insanidade”. Nessa perspectiva a lei, ainda que oprima é componente da liberdade.

Grondona *apud* Bittar (2007) explica que:

Locke assinala que ‘a liberdade não é licença, mas o obediência à lei natural’. Essa é a lei da razão e ela tem dois princípios fundamentais_ primeiro: não é permitido ao homem destruir a si mesmo ou a suas posses (o que limita o princípio romano de que a propriedade inclui o uso, abuso e destruição da coisa); segundo: não se pode causar dano a outro nem às posses dele. No estado de natureza, o encarregado de velar pelo cumprimento da lei (sobretudo do segundo princípio, já que o primeiro é interno) é cada indivíduo (2007, p.177-190)

Já para Bentham apud Garcia (2004, p.72-76) “Toda lei é uma infração da liberdade” mesmo que ela leve a um aumento da liberdade.

6 LEGITIMIDADE

Lafer (1978, p.9-13) ensina que a “palavra *legitimidade* deriva de legítimo, que por sua vez deriva de *legitimu* (*legitimus, a, um*) que significa em conformidade com a lei”.

O Estado moderno se estruturou legalmente com base na conceito de soberania, e ao longo do seu desenvolvimento foi assumindo o “monopólio da produção jurídica”. A perda da dimensão transcendente do direito (Direito Divino do rei) implantou a característica de laicização do direito e fez surgir a pergunta sobre *por que obedecer?*, e a resposta a esse pergunta “passou a ser procurada no próprio sistema político, como parte do processo de objetivação do poder”.

Segundo Garcia sempre que se fala em legitimidade da lei é preciso fazer uma reflexão sobre a legitimidade do poder, pois o Direito é um instrumento para o exercício do poder. A legitimidade do poder e a justiça da norma são resultados da correlação Direito e poder.

Lafer apud Bobbio (2007) defende que há um “paralelismo” entre os requisitos fundamentais da norma (justiça e validade) e os requisitos do poder (legitimidade e legalidade).

Legitimidade e legalidade, para Garcia (2004), parece implicar em autoridade_ no sentido dado por Barros apud Garcia (2004, p.93) de “tradução em termos operacionais dos conceitos de poder legitimamente constituído e consentido”.

Garcia (2004) explica que em seu sentido genérico a legitimidade tem aproximação com o sentido de justiça ou de racionalidade, e no seu significado específico “representa um atributo do Estado, consistindo na verificação de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem necessidade da imposição, exceto em casos esporádicos”.

Quanto a questão da legalidade a autora aduz:

Por seu lado, a *legalidade* não é uma idéia simples. Conceituando legalidade como um atributo e um requisito do poder (daí dizer-se que um poder é legal ou age legalmente ou tem o timbre da legalidade quando é exercido no âmbito ou de conformidade com leis

estabelecidas ou pelo menos aceitas)_ Bobbio enumera diferentes significações, de acordo com os diferentes níveis em que é considerada a relação entre a *lei*, como norma geral e abstrata, e o *poder*.

Segundo Grau (1988) para que o direito seja considerado um instrumento de organização social é preciso que seja legítimo, do contrário em vez de organização social cumpre a função de organizar e justificar o poder exercido por um grupo determinado.

Conforme o mesmo doutrinador muitos juristas são contrários à noção de *legitimidade* por considerá-la de pouca relevância para o estudo do Direito, ou por identificá-la com a *legalidade*.

legitimidade e *legalidade*, explicita, são vocábulos costumeiramente usados como sinônimos na linguagem habitual dos estudiosos do Direito, indicando ambos o que está conforme com as leis vigentes. Aí a identificação entre *legalidade* e *legitimidade*. Já, na linguagem comum, a *legitimidade* é associada a uma qualidade do título de poder e a *legalidade* a uma qualidade do exercício do poder. Aí a referência à *legitimidade do título de poder* e à *legalidade do exercício do poder*, quando se procura reproduzir a distinção entre a *tyrannia absque titulo* e a *tyrannia quoad exercitium*. Tomamos da noção de legitimidade, contudo, um diverso sentido. O Direito, como afirmi, é um produto cultural, uma invenção do homem. As realidades sociais são o elemento desde o qual se processa sua criação (...) a sociedade inventa sua cultura e a partir dela, sob a pressão das forças sociais, o legislador cria o Direito Positivo, que resultará legítimo ou ilegítimo. Podemos afirmar assim, que a norma jurídica é *legítima*_ dotada de *legitimidade*_ quando existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado. A norma jurídica, por outro lado é *legal*_ dotada de *legalidade*_ quando criada conforme o procedimento previsto pela Constituição, não tendo sido posteriormente revogada, segundo o procedimento também previsto pela Constituição. Vê-se, desde logo, pois, que a *legalidade* é termo de um *conceito formal*, ao passo que *legitimidade* é o termo de um *conceito material*. (GRAU, 1988, p.36-50).

A consagração da legalidade sem a sua preocupação valorativa é a origem da “recusa do direito de resistência contra o Direito injusto (ilegítimo)”. Assim a legalidade se torna fortemente dogmática e surge uma noção de Estado de Direito “vazia de conteúdo”. Constitui-se assim, “Estados de Direito, fundados tão somente na legalidade_ sob cujo manto são cometidas as maiores iniquidades sociais e atos de arbítrio de toda ordem”

Admitindo a obediência como fundamento da legitimidade Grau explica:

É ilegítimo o poder imposto pela força de um governo opressor. A dificuldade insuperável, contudo, estaria na mensuração da extensão e

intensividade da aceitação ou repulsa a cada lei ou norma. A isso adite-se a circunstância de que a resistência ao poder não corresponde a uma vontade majoritária, mas é devida a pequenos grupos. A maioria dos súditos costuma aceitar a situação em que se encontra, desde que se lhes ofereça um mínimo de ordem e segurança. Assim como os regimes totalitários na Europa, no período anterior à II Guerra, tem-se a impressão de que aqueles regimes eram dotados de legitimidade, posto que fundados na vontade da maioria. O critério da aceitação majoritária, pois, não satisfaz e é insuficiente para fundamentar a idéia de legitimidade. (GRAU, 1988, p.36-50).

Nesse sentido, Grau (*idem*) argumenta que “a idéia de legitimidade é contestada, ainda desde a afirmação de que envolve, necessariamente, a busca de uma norma superior à legal que a fundamente”, em busca dessa norma superior à legal que fundamente uma legitimidade em contraposição à legalidade, muitos pensadores a reconheceram na noção de Direito Natural e acabaram por aceitar conceitos como “direitos humanos” e “respeito à personalidade”.

Adotando-se como critério de legitimidade a sua relação com o texto da Declaração de Direitos Humanos da ONU estar-se-ia transferindo o reconhecimento da legitimidade para o plano internacional, contudo, na realidade “é impossível fixarmos um critério universal de legitimidade, visto que não podemos reconhecer a vigência universal de um Direito Natural concreto” e assim a legitimidade seria substituída pela legalidade.

Por isso, para Grau, o critério de legitimidade seria “os padrões de cultura sobre os quais o Direito é elaborado”, aqui o legislador é apenas o “veículo de expressão do Direito”. Esse, como sustenta Rocha *apud* Garcia, “não é um Direito da eternidade, mas do *momento histórico*, e o que nele há de idêntico em diversas comunidades é o que há de comum aos homens em suas carências e anseios”. É um Direito autônomo, pré-estatal e engajado na história.

Para Bastos (2002) o Estado Moderno não terá legitimidade se estiver voltado somente a impor normas. Para Silva (1998, p.65) “a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima”.

Cabe pesquisar agora quais os critérios para a aferição de legitimidade.

Conforme Bittar (2008), a questão da medida da legitimidade é polêmica para a teoria política ocidental, pois como construir fundamentos mínimos para

a ação no poder? Quando a resistência não acaba sendo inócua, servindo apenas para mudança dos novos dirigentes?

Höffe *apud* Bittar (2008, p.593-596) analisa a questão da legitimidade fazendo um paralelo entre o Positivismo (apego completo à forma e à validade no Direito) e o Anarquismo (abolição radical de qualquer forma de dominação social), essa reflexão tem por base a interação entre Estado, justiça, poder e Direito. Segundo sua tese:

- a) o Estado está obrigado à justiça;
- b) a justiça política forma a medida normativo-crítica do direito;
- c) o direito justo é a forma legítima da convivência humana.

A síntese da tese de Höffe expressa, segundo Bittar (*idem*), que:

1. é impossível a convivência humana sem a presença do Estado, como defendem os anarquistas, mas essa afirmação não fundamenta a legitimidade do “poder natural” dos dominantes sobre os dominados;
2. “não há Estado sem justiça” pois “o Estado só está autorizado a agir medida da troca de liberdades por distributividade”;
3. “o poder jamais pode estar isolado, descontrolado, e jamais se fundamenta como soberania absoluta, ou *potestas* incontrastáveis” pois o poder possui junto ao direito de exercer o controle o dever de garantir as liberdades fundamentais;
4. “a legitimidade é *subsidiária*” pois não existe por si só e sim em função de um Estado que detém o poder de controle;
5. Indivíduos não dominam indivíduos e os poderes públicos estão legitimados para defenderem os indivíduos;
6. os poderes devem ser controlados por mecanismos (“estratégias de justiça política”) para estarem comprometidos com a justiça. O Estado deve: a) produzir vantagem distributiva; b) ser capaz de proteger a todos individualmente; c) “ser capaz de fazer com que a realidade da justiça equivalha à renúncia de liberdades individuais”;
7. a democracia formal é um modelo insuficiente para a produção de justiça ou garantia dos direitos humanos;

8. é necessária a existência dos direitos humanos positivados como direitos fundamentais como condição *sine qua non* para o exercício do poder;
9. o direito de resistência deve ser usado como a *ultima ratio*, na medida em que o poder está desorientado e por isso comprometendo o pacto contratual;
10. é de grande importância a participação coletiva na decisão política, e esta decisão deve ter bases nas ciências sociais e políticas.

Friedrich *apud* Grau (1988, p.53) adota uma classificação na qual a norma é considerada ilegítima, se:

- a) ilegítimo o poder do qual emerge (pois assim a ilegitimidade do título contaminaria o exercício do poder);
- b) carente de autoridade.

A ilegalidade pode ser originária (quando a carência de autoridade está em sua formulação ou os dados sociais não aplicados àquela formulação), ou superveniente_ “mostra-se ilegítima a partir de um certo momento e o seu conteúdo já não coincide com o sentido atribuído pelo todo ou pelo grupo social aos dados sociais considerados” (GRAU, 1988, p.53).

7 ESPÉCIES NORMATIVAS

Bastos (2002) ensina que, com exceção das Emendas, todas as demais espécies normativas se encontram no mesmo plano, não havendo hierarquia entre elas.

“O que distingue uma espécie normativa da outra são certos aspectos na elaboração e o campo de atuação de cada uma delas” (p. 581). Tendo cada uma delas sua própria função, não há que se falar em hierarquia entre elas.

Se uma espécie invadir a função da outra estará ofendendo a Constituição, sendo, portanto, inconstitucional.

Segundo Bastos (2002) as espécies normativas são:

7.1.a - Emendas à Constituição: tem a mesma natureza e a mesma força hierárquica das normas constitucionais.

Não podem versar sobre conteúdos que tentem abolir as cláusulas *pétreas* (art. 60, § 4º, I ao IV, CF) _ limitação substancial.

Se a proposta for apresentada por parlamentar deverá ter assinatura de, ao menos, um terço dos membros da Câmara ou um terço dos membros do Senado. Se for proposta por Assembléias Legislativas deverá ter apoio de metade das unidades da Federação, expressado pela maioria relativa de seus membros_ limitação formal.

Não é possível emenda na vigência de estado de sítio, de defesa, ou intervenção federal (art. 60, § 1º) _ limitação temporal.

7.1.b - Lei Complementar: “versa sobre matéria subtraída ao campo de atuação das demais espécies normativas do nosso direito positivo, demandando para a sua aprovação, um *quorum* especial” (p. 583) de maioria absoluta do Congresso Nacional.

7.1.c - Lei Ordinária: é o ato normativo que edita normas gerais e abstratas, ou seja, é o ato legislativo típico. Não trás adjetivo “complementar” ou “delegada”. Não se exige maioria absoluta para a sua aprovação.

O âmbito material de lei ordinária é bastante abrangente. Em regra, ela pode tratar de qualquer matéria, salvo algumas exceções. Não são suscetíveis de tratamento por essa espécie normativa as matérias constitucionalmente reservadas à lei complementar, bem como aquelas de competência exclusiva do Congresso Nacional (CF, art. 49), as privativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (CF, art. 51 e 52), pertencentes ao âmbito dos decretos legislativos e das resoluções. (BASTOS, 2002, p. 585).

Há matérias que a Constituição determina que sejam reservadas à lei ordinária (68 § 1º): organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

A iniciativa da lei cabe a qualquer deputado ou senador, a qualquer comissão de uma das Casas, ao Presidente da República, ao Supremo

Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos (art. 61)

O projeto deve ser apresentado à Mesa da Casa a qual pertence o parlamentar. Sendo proposta do Presidente da República, do Supremo, ou dos Tribunais Superiores, deverá ser apresentado à Câmara dos Deputados.

Bastos (2002) ensina que o projeto de Iniciativa Popular também será apresentado à Câmara dos Deputados, e deverá ser subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído, ao menos, por cinco Estados, e ter manifestação de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles (conforme o art. 61, § 2º).

7.1.d - Medida Provisória: não constitui lei, mas tem força de lei. Entra em vigor no momento em que é baixada pelo Presidente da República, posteriormente é que é submetida de imediato ao Congresso. É prevista e disciplinada pelos artigos 59, V e 62 da CF.

7.1.e - Lei Delegada: é editada pelo Presidente da República, por receber uma delegação do Congresso Nacional que o habilita a elaborar tal lei. O projeto poderá ou não ser apreciado pelo Congresso Nacional, isso se determina pela resolução, elaborada pelo Congresso, que rege os termos da delegação. A princípio todas as matérias são passíveis de delegação, salvo as de competência exclusiva do Congresso Nacional, da Câmara, do Senado, às reservadas à lei complementar, e as reservadas exclusivamente para lei ordinária (art. 68, § 1º).

7.1.f - Decreto Legislativo: é de competência exclusiva do Congresso Nacional, não está sujeito à sanção do Presidente da República embora a promulgação seja feita por ele.

7.1.g - Resoluções: conforme Bastos são atos de competência privativa tanto do Congresso Nacional como do Senado Federal e da Câmara. Trata de matérias como a delegação, a suspensão de leis declaradas inconstitucionais, a fixação de alíquota_ “onde se nota a predominância das medidas de caráter

concreto, em contraposição ao decreto legislativo que veicula preferencialmente assuntos de caráter genérico” (BASTOS, 2002, p. 593). Não está sujeita à sanção do Presidente da República e a promulgação é feita pela Mesa da Casa que a expedir. Quando expedida pelo Congresso Nacional a promulgação será feita pela Mesa do Senado Federal.

Doutrinadores como Garcia, Tavares e Costa acreditam que o cidadão se encontra desprovidos de instrumentos de intervenção e no controle de constitucionalidade.

Para Garcia (2004) a representação política não tem se demonstrado suficiente para atender a satisfação de seus objetivos, sobretudo na defesa da cidadania.

A representatividade está posta em dúvida porque, segundo a autora, seus resultados, em muitos momentos, não correspondem a vontade do eleitor, e sim a de determinados grupos. A lei tornou-se um ato de conformação política de grupos antagônicos, planejada em curto prazo e negociada continuamente. Bobbio (*A era dos direitos*, 1992) também se posiciona no sentido de que a representatividade e as formas de participação do cidadão como se observa atualmente se demonstram insuficientes para o exercício da democracia, e por isso fala do direito de resistência como uma proposta complementar.

Fala-se nas mesmas doutrinas sobre a vulnerabilidade do parlamento diante da pressão dos grupos, obrigando a feitura das leis, mesmo que estas desprezem considerações jurídica fundamentadas. O aumento da carga de trabalho dos parlamentares dificulta a elaboração de boas leis, ou seja, aquelas com os cuidados necessários para manter a confiança dos cidadãos. Mandatos vinculados a partidos e grupos não mais representa o povo de maneira independente.

Não há necessariamente uma relação preestabelecida entre a feitura da lei por um representante eleito legitimamente pelo povo e a sua aceitação.

7.2 Controle de Constitucionalidade das Leis

Bastos (2002) ensina que não há regra de direito fora de um complexo sistema normativo. Segundo esse doutrinador, as normas que fundam as outras normas ganham uma posição de superioridade resultando numa relação de subordinação, sendo as normas superiores fundamento das que foram originadas por ela e por isso não podendo ser contrariada.

O direito não se limita a regular os comportamentos humanos. Ele fixa num momento, ao menos logicamente, antes quais são as normas que podem pretender pautar esses comportamentos, que requisitos elas devem preencher, a que processo devem submeter-se para que possam por ele ser reconhecidas. (BASTOS, 2002, p. 625).

O ato jurídico inválido não tem aptidão para produzir efeitos, pois não foi produzido segundo os ditames fixados pela norma superior. Ter validade jurídica significa, segundo Bastos, existir perante o direito, dispor de uma posição no sistema, vincular-se às demais normas.

A inconstitucionalidade de uma lei é, pois, a circunstância de uma determinada norma infringir a Constituição, quer quanto ao processo a ser seguido pela elaboração legislativa, quer pelo fato de, embora tendo a norma respeitada à forma de criação da lei, desrespeitar a Constituição quanto ao conteúdo adotado. (2002, p. 626).

Segundo Bastos o controle de constitucionalidade pode dar-se de duas maneiras: via de ação (método concentrado) e via de exceção ou defesa (método difuso).

Não se pretende nesse trabalho monográfico analisar com profundidade o controle de constitucionalidade, por isso faz-se apenas uma breve síntese sobre o seu conteúdo.

A via de ação objetiva expelir do ordenamento a lei ou ato normativo contrário à Constituição, bem como declarar a omissão inconstitucional (BASTOS).

A via de exceção “ataca o vício de validade da lei no caso concreto (diverso da apreciação em tese), ou seja, a arguição deve-se dar no curso do processo comum.” (BASTOS, 2002, p. 654).

Os mecanismos de controle da constitucionalidade são: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

8 O DIREITO CONSTITUCIONAL E A LIBERDADE

Para Garcia (2004) o poder se funda na vontade unânime do povo e, portanto, do ponto de vista constitucional a opressão torna-se incabível.

A limitação da liberdade somente se justifica por leis legítimas e em defesa do bem comum.

Reale ensina que a lei consiste na possibilidade de conciliação entre o poder do Estado e a liberdade do homem, como cidadão.

Montesquieu já advertia que o vocábulo *liberdade* possui diversos significados _ fala-se de seu sentido metafísico, físico, psicológico, político e jurídico_, no sentido jurídico tem a ver com a liberdade perante a lei positiva, perante o Estado, perante a ideologia.

Teixeira (1991) fala sobre os aspetos positivos da liberdade (prestações exigíveis do Estado e obstaculização das atividades nocivas aos indivíduos) e negativo (abstenções do Estado), e valorativo (valoração moral e finalística, pois o objetivo da liberdade justifica a intervenção do Estado na esfera da liberdade.).

Nesse sentido Teixeira conceitua a liberdade da seguinte forma:

Liberdade é o direito de viver e de desenvolver e exprimir nossa personalidade de maneira a mais completa, conforme as leis da Natureza e da Razão e a essencial dignidade da pessoa humana, no qual for compatível com igual direito dos nossos semelhantes e com as necessidades e interesses do Bem comum, mediante o adequado conjunto de permissões e de prestações do Estado. (1991, p. 672).

Garcia (2004) explica que Canotilho, analisando a Constituição Portuguesa, observa que a jurisdicização constitucional da liberdade, trás primeiramente o sentido de direito de não ser aprisionado, detido, impedido de movimentar-se. Abrange também direitos de ações negativas (liberdade de expressão, de informação, de consciência, de associação, de crença, ou seja, posições de natureza subjetiva de posicionamento). Por fim, há a possibilidade de escolha de um comportamento (diferenciando direitos e liberdade, pois o direito a vida é um direito de natureza defensiva perante o Estado, mas não há liberdade para abrir mão dele).

Segundo Garcia essas características expressas na Constituição Portuguesa, estão arrolados no art. 5º da Constituição Brasileira.

Grau (1988) enfatiza que o direito serve para proteger e assegurar a liberdade de agir do indivíduo, “compatibilizando-a ao interesse coletivo, de forma a prover a determinação de um ponto de equilíbrio entre esses valores” (1988, p.36) e deixa claro que “o Direito não legítimo_ portanto *ilegítimo*_ deixa de ser instrumento de organização social e passa a cumprir a função de organizar e justificar o exercício do poder por um determinado grupo.” (*idem*).

Ferreira *apud* Garcia (2004) esclarece que os direitos fundamentais assegurados nas constituições constituem as *liberdades públicas*, que limitam o poder dos entes estatais. “São elas: a) as liberdades clássicas ou civis; b) a liberdade política ou liberdade-participação; c) as liberdades concretas bipartindo-se em liberdades econômicas e sociais” (Garcia, 2004, p. 187).

Garcia explica que a ordem constitucional é uma ordem aberta às alterações e mudanças temporariamente adequadas. Nesse sentido, a Constituição deve permanecer inacabada, vez que visa normatizar a vida histórica que muda constantemente.

Partindo da idéia de que a liberdade somente pode ser limitada por uma lei legítima (LOCKE), em favor de garantia e direitos fundamentais e do Bem comum, algumas Constituições declaram expressamente o direito do cidadão de se rebelar contra uma situação de ilegitimidade.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949, estabelece entres os princípios Constitucionais, na parte da organização do Estado, o *direito de resistência*:

Art. 20 – (Princípios Constitucionais – Direito de resistência)

(...)

(3) O poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.

(4) Não havendo outra alternativa, todos os alemães tem o direito de resistir contra quem tentar subverter essa ordem.

Já a Constituição portuguesa de 1982 dispõe:

Art. 21º Direito de Resistência: Todos tem o direito de resistir à qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

Teixeira (1991) ressalta que o direito de resistência é um direito subjetivo que decorre do direito objetivo expresso pelo Poder Constituinte. O titular desse direito é o Cidadão.

Romano (1977 p.162) argumenta que não há um *direito de resistência* e sim o momento do exercício de um outro direito, de liberdade.

Raynal *apud* Garcia defende que não é a natureza do poder que se opõe à resistência e sim a passividade dos povos, Mably *apud* Garcia explica o direito de resistência como possibilidade individual, e não conjunta e preconiza que para ser exercida, o povo não precisa aguardar os derradeiros abusos da tirania.

Paupério (1978) elenca uma corrente de pensadores _ Leon Duguit, Maurice Hauriou, François Géný, Louis Le Fur, Jean Dabin e Georges Burdeau _ que defendem a legitimidade da resistência quando a consciência jurídica não encontra suficientes sanções institucionalizadas para coibir os abusos da tirania e da arbitrariedade Estatal.

Burdeau *apud* Paupério (1978) tenta explicar a diminuição da consagração do direito de resistência no campo jurídico positivo a ponto de as Constituições contemporâneas não reconhecê-lo expressamente. Para ele um dos motivos é a dificuldade de admitir a possibilidade de opressão num regime de governo *do povo pelo povo*, num regime democrático, acreditando que a opressão não encontra lugar e nem oportunidade. No entanto Paupério enfatiza que a opressão não é inerente a uma forma política e sim ao poder, e por isso mesmo num regime republicano e democrático há possibilidade de opressão.

Para Burdeau *apud* Garcia (2004) as ideologias modernas começam a não admitir a resistência, pois para elas, existe apenas uma tirania, que é a daqueles que recusam sacrifícios individuais, a ponto de o adversário do regime ser equiparado a um criminoso ou opressor.

Importa questionar agora se há, na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 se há alguma declaração que outorgue ao cidadão alguma possibilidade de resistência.

9 DIREITO DE RESISTÊNCIA

Uma corrente doutrinária (BUZANELLO, GARCIA, COSTA e TAVERES) defende que o Direito de resistência está implicitamente amparado pela Constituição Federal de 1988, levando em consideração a questão da legitimidade do poder político e as garantias constitucionais.

Buzanello (2009) explica que as posições de resistência procuram legitimidade moral na dignidade da pessoa humana que está presente em princípios jurídicos. Mas, segundo o mesmo autor, essa justificação supera a valoração de princípios éticos, pois tem de ser juridicamente fundamentada no jusnaturalismo ou no positivismo jurídico constitucional.

A justificativa política da resistência é presente nas diversas teorias políticas: a liberal, a anarquista, a socialista e a humanista.

O direito de resistência, segundo uma essa corrente doutrinária, organiza normas e valores tutelados pela constituição em defesa de direitos e garantias fundamentais e do regime democrático de direito, constituindo assim um estatuto da resistência, com natureza constitucional.

Na Constituição define-se a institucionalização das vontades da nação, política e juridicamente.

Para Buzanello (2009), a Constituição reconhece o “acionamento automático” do direito de resistência na medida em que se reconhece uma frustração dos controles internos do Estado, admitindo assim um *mecanismo de autodefesa da sociedade*”.

Segundo o mesmo autor, o reconhecimento desse direito no modelo constitucional produz um efeito duplo: tem sua potência controlada nos marcos constitucionais, e limitam o poder dos governantes.

Dessa forma, o direito de resistência se converte num aglutinador das ‘demandas de fato’ que se baseiam tão-somente na existência de conflitos sociais e políticos para oportunas ‘soluções constitucionais’ destinadas a manter a unidade do Estado e evitar sua completa ruptura político-jurídica.

Dessa forma, os problemas constitucionais deixam de ser apenas problemas jurídicos para se perfilarem como problemas de poder.

Conceber a resistência como uma questão de caráter exclusivamente político demonstra-se um reducionismo argumentativo pois retira dela a importância jurídica numa realidade em que as leis são tão imperativas.

A relevância constitucional do direito de resistência está na garantia dos direitos fundamentais e do estado democrático de direito, no controle do exercício dos atos administrativos, na autodefesa da sociedade e na efetivação do contrato social.

Segundo Locke (2007), o grande teórico do direito de resistência, no que se refere ao contrato social, as partes só estão obrigadas a cumprirem a sua parte no contrato enquanto há a observância pela parte contrária.

Buzanello (2009) ensina que os valores constitucionais possuem três dimensões, quais sejam:

- a) fundamentadora, 'que constitui o núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; b) orientadora, que indica metas que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos; c) crítica, que serve de critério de valoração para a interpretação de atos de conduta. Ela é crítica se os critérios de valor não funcionarem a contento ou demonstrarem sua incapacidade em continuar a ser o alicerce da teorização jurídica do Estado.'

O direito de resistência exige do Direito Constitucional uma abertura sobre as determinantes sociais do processo político em geral, e as práticas de resistência se tornam um importante instrumento para o tratamento desse ramo do direito.

O conceito de direito de resistência é bem variado, por ser um "direito atípico", ou seja, não se encontra especificamente registrado no texto constitucional.

Apesar de atípico é um direito que pertence à teoria constitucional e, portanto tem relevância jurídica, política e social. .

Para Bobbio (1992, p.95) "Juridicamente o direito de resistência é um direito secundário, do mesmo modo como são normas secundárias as que servem para proteger as normas primárias". Esse entendimento nos faz supor que o exercício desse direito secundário se dá em favor do exercício de direitos primários, como a vida, a dignidade humana e a propriedade, nesse sentido, a resistência somente se justifica no caso de descumprimento de algum desses

direitos primários, por isso é exercida quase sempre como uma forma de direito de defesa.

Buzanello (2009) explica que os elementos que operacionalizam o direito de resistência estabelecem uma dimensão política e uma dimensão variável: “é a capacidade das pessoas ou grupos sociais se recusarem a cumprir determinada obrigação jurídica, fundada em razões jurídicas, políticas ou morais” e também “é uma realidade constitucional em que são qualificados gestos que indicam enfrentamento, por ação ou omissão, do ato injusto” que pode ser “das normas jurídicas, do governante do regime e de terceiros”.

Não convém afastar a perspectiva política (geral) da perspectiva jurídica (específica) do direito de resistência, evitando assim um reducionismo errôneo de conceber esse direito apenas como uma reação da sociedade “contra” o Estado, quando na verdade ela pode se dar “em favor” do Estado constituído. Tanto os critérios políticos quanto os critérios jurídicos são constitucionais.

Para Buzanello a análise das perspectivas políticas e jurídicas permite concluir que:

- a) ambas admitem a ampliação teórica do fenômeno da resistência, independentemente do ordenamento jurídico; b) os elementos conceituais se apresentam formalmente dependentes dos demais direitos e garantias constitucionais, pois não possuem autonomia específica relativamente ao ordenamento jurídico; c) quando reconhecido o direito de resistência, do ponto de vista material, significa um reforço das garantias fundamentais que não permitem a dissolução da sociedade (John Locke); d) quando a resistência for institucionalizada sua efetividade fica reforçada, assegurando, desse modo, não só sua substância como também sua defesa contra modificações ilegítimas que visem à dissolução do Estado, temor maior de Thomas Hobbes.

9.1 Classificação do Direito de Resistência

Segundo Buzanello faz uma classificação do direito de resistência, no entanto afirma que essa classificação não é taxativa.

9.1.1 Objeção de Consciência

É a recusa a um dever tido como incompatível com as convicções (morais, políticas e filosóficas) do indivíduo.

Nessa forma de resistência há pouca publicidade e objetiva-se no máximo algum tratamento alternativo (e raras vezes uma alteração na lei);

Está garantido no art. 5º, VIII, da Constituição Federal. Um exemplo de Objeção de Consciência é a recusa ao dever de serviço militar por ser contra os seus princípios filosóficos.

9.1.2 Greve Política

A greve “é o exercício de um poder de fato dos trabalhadores com o fim de realizar uma abstenção coletiva do trabalho subordinado” (MAZZONI, *apud* BUZANELLO, 2009).

Para Márcio Túlio Viana *apud* Buzanello (2009) é uma forma excepcional e lícita de resistência, tal qual a legítima defesa, o estado de necessidade e a defesa possessória.

É autorizada pela Constituição Federal no (art. 9º) assegura o direito de greve, “competindo aos trabalhadores decidir sobre as oportunidades de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

9.1.3 Desobediência Civil

Segundo os doutrinadores que defendem a possibilidade legítima da desobediência civil (COSTA, GARCIA, TAVARES e BUZANELLO), ela é um

mecanismo indireto de participação da sociedade, pois estas não tem suficientes meios de participação.

Possui um conteúdo simbólico que procura demonstrar a ilegitimidade da lei ou ato da autoridade pública, com a perturbação do ordenamento. Não visa mudar a ordem completamente, e sim parte dela.

Seu agente acredita que está cumprindo um dever de cidadania e não um mero desatendimento à norma.

Essa espécie de resistência estaria fundada nos princípios do regime democrático republicano (CF, art. 1º) e liga-se à idéia de Constituição como um sistema aberto (CF, art. 5º § 2º).

9.1.4 Autodeterminação dos Povos

Esse princípio objetiva assegurar às nações sua livre organização política e soberana. É liberdade do povo em formar um novo Estado, por não mais querer estar submetido a outro Estado. Na constituição brasileira está descrito como princípio político de direito internacional (inciso III do art. 4º).

9.1.5 Direito à Revolução

Segundo Buzanello (2009) o povo tem o direito a recorrer à revolução para se livrar da tirania que ferem seus direitos fundamentais, mesmo que o exerça com extrema violência. A justificativa seria que negar esse direito implicaria em negar o direito à dignidade humana.

Diversos teóricos tratam do tema da revolução, entre eles pode-se citar: Marx, Engels, Lênin, Mao Tse-tung, Ho Chi Minh e Che Guevara.

9.1.6 Direito à guerra

Trata do direito de enfrentar outro país com o uso da força armada. É uma forma de resistência que busca assegurar o direito de soberania da nação.

9.2 O Direito de Resistência na Constituição

Tavares parte do princípio de que “todo poder emana do povo” (CF, parágrafo único do art. 1º) e constata a possibilidade do direito de resistência na Constituição brasileira.

Buzanello (2009) explica que esse direito se revela na Carta brasileira de forma explícita e de forma implícita.

De um lado, o reconhecimento do direito de resistência operou-se pela via explícita em apenas algumas espécies: objeção de consciência (art. 5º, VIII c/c art. 143, § 1º, CF); greve ‘política’ (art. 9º, CF); princípio da autodeterminação dos povos (art. 4º, III, CF). De outro lado, a construção constitucional elucida, de forma implícita, a materialidade da resistência. A materialidade se combina com os elementos constitucionais formais, como: os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, erguidos como fundamentos do Estado Democrático (art. 1º, III, V, CF); a abertura e a integração para dentro do ordenamento constitucional de outros direitos e garantias *decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados* (art. 5º, § 2º, CF).

O § 2º do artigo 5º da Constituição possibilita a ampliação dos direitos, e dessa forma o direito de resistência consiste em mais uma garantia constitucional.

Buzanello ensina que o fato de não constar no texto constitucional expressamente o termo “direito de resistência” não quer dizer que esse elemento esteja fora da realidade jurídica, pois a Constituição, precisa ser complementada pelos princípios implícitos, e dessa forma o elemento da resistência se revela.

O direito de resistência opera “na garantia da autodefesa da sociedade, na garantia dos direitos fundamentais e no controle dos atos públicos, bem como na manutenção do pacto constitucional por parte do governante”

(BUZANELLO, 2009). Opera como direito constitucional cujos valores que tem como base são a dignidade humana e o regime democrático.

Ressalta-se que a resistência pode se manifestar de forma lícita ou ilícita como bem explica Buzanello (2009):

O direito de resistência é quase sempre um direito constitucional, mas transcende-o, em alguns casos, para tornar-se direito cível e penal. A licitude ou a ilicitude do direito de resistência depende de como essa se apresenta para o ordenamento jurídico infraconstitucional na lei civil e na lei penal, respectivamente, no Código Civil Brasileiro (Lei no 3.071/16) e no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei no 2.848/40). A resistência se apresenta no ordenamento jurídico como lícita ou ilícita, dependendo de como se vê o fenômeno da resistência.

Assim, nem todos os atos do governo autorizam a resistência; contudo, quando a tirania se torna intolerável a resistência torna-se legítima, e quase um dever. Nessa hipótese, equipara-se a resistência à legítima defesa que, se em direito penal ilide a responsabilidade do homicida, em direito constitucional justifica a resistência em nome da ordem constitucional e democrática.

A resistência lícita assenta-se na legítima defesa civil ou penal (art. 25, CPB e art. 160, CCB) e no estado de necessidade (art. 24, CPB; art.160,II, CCB). A licitude da resistência está assegurada dentro de certos limites e segundo certas regras que pressupõem uma agressão injusta, caracterizando uma reação dirigida contra o agressor. Assim, a resistência lícita tem o sentido de: a) ato ou efeito de resistir; b) qualidade de resistente; c) defesa em favor de direitos e contra-ataque; d) defesa contra constrangimento ou ordem ilegal ou injusta.

A resistência ilícita assenta-se em tipos penais, que são: os crimes constitucionais (art. 5º, XLIV, CF), o crime de resistência (art. 329, CPB) e o crime de desobediência (art. 330, CPB). A defesa do direito de resistência em nenhuma hipótese pode ser interpretada como escudo de proteção de atividades ilícitas, nem como argumento para afastamento da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos. Os crimes constitucionais foram criados na Constituição de 1988, *verbis* “art. 5º, XLIV — constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático”.

Portanto, a defesa da resistência enquanto um direito constitucional não significa defender atividades ilícitas e sim uma autodefesa social. Nesse sentido o direito de resistência deve operar dentro de marcos constitucionais que estabelece seus limites. A ação política deve ser em conformidade com os princípios do Estado Democrático de Direito, sendo crime a ação armada contra a ordem constitucional. Buzanello (2009) enfatiza que a Constituição estabelece restrições para configurar o crime constitucional, quais sejam: “a) sujeito ativo: ação armada de grupos civis ou militares; b) contra a ordem

constitucional e o Estado democrático; c) sujeito passivo: o Estado democrático”.

10 DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Segundo o dicionário Aurélio, *desobediência* é “falta de obediência; inobservância”, já *obediência* é: “1. Ato ou efeito de obedecer. 2. Hábito de, ou disposição para obedecer. 3. Submissão à vontade de alguém; docilidade. 4. Sujeição, dependência.”

Civil, de acordo com o mesmo dicionário, é:

Relativo às relações dos cidadãos entre si, reguladas por normas do Direito Civil. Relativo ao cidadão considerado em suas circunstâncias particulares dentro da sociedade; Que não tem caráter militar nem eclesiástico; Social, civilizado; Cortês, polido; Diz-se por oposição a criminal.

Tira-se dessas informações que desobediência civil é uma inobservância de sujeição a uma vontade na condição de particular dentro da sociedade, não sendo esse particular militar nem eclesiástico. Conduto, para o nosso estudo do tema esse conceito é insuficiente por não abarcar todos os elementos da Desobediência Civil.

Lafer *apud* Garcia (p.280-289) trás o conceito de desobediência civil como “a ação que objetiva a inovação e a mudança da norma por meio da publicidade do ato de transgressão, visando demonstrar a injustiça da lei”. Há que se dizer que, nessa concepção, essa desobediência é vista como um dever de cidadania e ética num determinado contexto histórico.

Para esse autor “o tema está relacionado intimamente ao questionamento do Estado como lugar geométrico da possibilidade jurídica nas sociedades contemporâneas”.

No entendimento de Bobbio (2007), para compreender o que se entende por desobediência civil é necessário entender que o dever de obedecer as leis é o dever fundamental de toda pessoa num ordenamento jurídico. Daí ele argumenta que

a Desobediência Civil é uma forma particular de desobediência, na medida em que é executada com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça da lei e com o fim mediato de induzir o legislador a mudá-la.

Bobbio (2007) ensina que a desobediência civil é uma espécie da categoria *direito de resistência* e é sempre acompanhada por quem a cumpre de “justificativas com a pretensão de que seja considerada não apenas como lícita mas como obrigatória”, enfatizando, nesse sentido, a sua instrumentalidade cidadã, “e seja tolerada pelas autoridades públicas, diferentemente de quaisquer outras transgressões”. Visa mudar o ordenamento em “última instância”, por ser mais “um ato inovador do que destruidor”.

Chama-se “civil” porque, segundo Bobbio (2007), quem a pratica não pensa estar praticando um “ato de transgressão” e sim um gesto de cidadania necessário.

D’entrèves *apud* Bobbio define-a como “uma ação ilegal, coletiva, pública e não violenta, que se atém a princípios éticos superiores para obter uma mudança nas leis”.

Para COSTA a desobediência civil é um “comportamento do cidadão inspirado nos princípios maiores que dão origem à própria obrigação ao Estado democrático, ou seja, a cidadania”. Nesse sentido é um instrumento para os cidadãos lutarem contra lesões aos seus direitos.

Garcia (p.293) conceitua Desobediência Civil como:

forma particular de resistência ou contraposição, ativa ou passiva do cidadão, à lei ou ato de autoridade, quando ofensivos à ordem constitucional ou aos direitos e garantias fundamentais, objetivando a proteção das prerrogativas inerentes à cidadania, pela sua revogação ou anulação.

10.1 Distinções

Para Arendt (1999, p. 68-74) A desobediência civil surge quando um significativo número de cidadãos “se convence de que, os canais normais para mudança já não funcionam, e que as queixas não serão ouvidas nem terão qualquer efeito”. A autora afirma que a desobediência surge também “o governo está em vias de efetuar mudanças e se envolve e persiste em modos

de agir cuja legalidade e constitucionalidade estão expostos a graves dúvidas”.
(*idem*).

Arendt alerta para a confusão existente entre desobediência civil, crime, revolução, e resistência civil. Segundo essa concepção a desobediência se diferencia:

10.1.1 Do Crime: Segundo Arendt há “um abismo de diferença o criminoso que evita os olhos do público e o contestador civil que toma a lei em suas próprias mãos em aberto desafio (*idem*). Enquanto o criminoso objetiva vantagens a si, o contestador civil não pratica somente um ato ilícito, mas também um gesto político, com objetivo de garantir um Bem Comum, como forma de exercício de cidadania. “A distinção entre a violação aberta da lei, executada em público e a violação clandestina é tão claramente óbvia que só pode ser ignorada por preconceito e má vontade” (*idem*). A princípio a desobediência civil é um ato ilícito, porém, posteriormente essa ilicitude é elidida, vez que se trata de um gesto de cidadania e portanto não pode ser crime.

10.1.2 Da Revolução: A mesma doutrinadora enfatiza que a revolução é a tomada do poder por um grupo de oposição, que tem por objetivo mudar definitivamente o governo vigente. A revolução não opera pelos veículos constitucionais e sim pela violência_ pois implicar na exclusão da ordem constitucional vigente. Por sua vez, o contestador civil não se opõe ao governo por completo e sim a elementos isolados que constituem injustiça ou mudanças de rumos do poder. Há que se afirmar, contudo, que a desobediência civil pode se converter em revolução, quando não se fez satisfeita a primeira opção de resistência e não resta outra alternativa para o povo livrar-se da tirania.

10.1.3 Da Resistência Civil: Arendt explica que enquanto a resistência civil é armada e violenta, se confundindo com movimentos terroristas, a desobediência civil consiste na negação da obediência sem uso da violência. Os movimentos de resistência civil geralmente atuam embasados em objetivos separatistas ou identidades que se negam ao convívio geral.

10.1.4 Objeção de Consciência: consiste em não cumprir um dever em razão de compreender esse dever como algo contrário as suas convicções filosóficas, religiosas e morais. Se diferencia da desobediência civil tendo em vista que o agente, na objeção de consciência, tem como prioridade a defesa de suas convicções pessoais, não se importando com a relevância política de sua conduta, enquanto na desobediência civil o contestador age acreditando estar cumprindo uma tarefa política (cidadania). Na objeção de consciência, em regra, o objetor não pretende mudanças sociais, e sim algum tipo de tratamento diferenciado. A desobediência civil tem como sujeito ativo um grupo (cidadãos), enquanto a objeção de consciência em regra é individual.

Bobbio (2007) completa a diferenciação apresentada por Arendt, enfatizando a diferença entre desobediência civil e:

10.1.5 Contestação: Bobbio ensina que o contrário da desobediência é a obediência (ainda que não se aceite), enquanto o contrário da contestação é a aceitação. A contestação significa então a demonstração pública de que não está satisfeita com a medida adotada. A desobediência civil constitui sempre uma conduta que desafia alguma norma, já a contestação pode se dar por forma de discursos, marchas, cartazes, assembléias, etc.

10.1.6 Ação exemplar: enquanto a desobediência civil consiste em uma conduta a princípio ilícita, que procura atingir diretamente uma ou mais leis, a ação exemplar não é uma ação ilícita e não pretende atingir diretamente a lei e sim gerar um sentimento social de reprovação a uma determinada ação. Cita-se como exemplo de ação exemplar o jejum prolongado e a auto-imolação. Na desobediência civil não se faz uso da violência, na ação exemplar há uma violência contra o próprio corpo.

10.2 Espécies de Desobediência Civil

As espécies de desobediência civil apresentadas por Arendt, Bobbio e Garcia pode ser sintetizadas da seguinte forma:

Comissiva: constitui um fazer o que a lei proíbe.

Omissiva: traduz-se na inércia, demonstrando o significado de *não fazer* o que a lei determina.

Direta: é um desafio direto à lei considerada injusta.

Indireta: ocorre quando as leis são desafiadas isoladamente no intuito de se mostrar a injustiça de outra lei.

Passiva: é aquela na qual o contestador aceita as conseqüências punitivas de seu gesto por reconhecer que o Estado tem o direito, e inclusive obrigação, de puni-lo por desobedecer à lei embora esse gesto de desobediência seja necessário.

Ativa: é aquela na qual o desobediente se vê no direito de subtrair-se das penalidades legais por considerar que o seu gesto era necessário e por isso lícito. Arendt considera que é incompatível com a desobediência civil a aceitação de penalidades em virtude da inobservância de uma norma injusta.

10.3 Características

Sendo a Desobediência Civil espécie do vasto gênero de direito de resistência para a melhor distinção e compreensão de seu conteúdo importa verificar as suas características:

- a) forma particularizada de resistência;
- b) manifesta-se de forma coletiva;
- c) ação pública, simbólica e ético-normativa;
- d) é contrária a uma ou mais leis ou atos governamentais, por considerá-los injustos ou ilegítimos;
- e) tem por finalidade a reforma legal, não propondo a negação total da ordem estatal e sim a negação de parte dessa ordem.
- f) é realizada com notoriedade e publicidade, jamais de maneira clandestina.
- g) realiza-se de forma não-violenta.

11 NÃO-VIOLÊNCIA, UMA CARACTERÍSTICA ESPECIAL

O caráter de Não-violência da Desobediência Civil possui uma dúplica implicação, pois ao mesmo tempo em que é característica específica da Desobediência Civil tem na Desobediência Civil uma das expressões de instrumento para a resolução não-violenta de conflitos.

A Desobediência Civil, diferentemente dos *gestos exemplares*⁴, não utiliza o elemento de violência contra o corpo (típico daquele tipo de resistência), mantendo a estratégia de pressão numa situação de assimetria entre as partes.

Considera-se situação de assimetria uma relação em que uma parte tem uma vantagem (econômica, política, bélica) muito grande sobre a outra. Nesse tipo de relação a parte mais forte se recusa a dialogar com a parte mais fraca. Diante da desvantagem, e considerando que a parte mais forte também depende de alguma forma da parte mais fraca, resta à parte mais fraca uma reação que force a parte mais forte a restabelecer o diálogo. Isso se faz por meio de técnicas que levem a resolução não-violenta como, por exemplo, a não-colaboração ou a intervenção não-violenta.

Para Bobbio (2007) o termo Não-violência tem duas acepções distintas. Designa primeiramente uma forma de agir, uma técnica de luta. Numa segunda acepção significa uma *doutrina*, um conjunto de idéias, conceitos, teses, teorias e propostas de estratégias políticas. Na primeira acepção o termo não-violência faz parte da mesma classe do termo violência, já na segunda acepção faz parte da classe de termos como marxismo, anarquismo, liberalismo, etc. Na primeira acepção fala-se de *Não-violência pragmática e negativa*, na segunda acepção fala-se de *Não-violência doutrinal e positiva*.

⁴ Como exemplo de gestos exemplares pode-se citar o autoincêndio, a automutilação e o jejum prolongado. Esse tipo de resistência implica numa violência contra o próprio corpo do contestador para demonstrar sua insatisfação.

11.1.1 Não-violência Pragmática e Negativa

Constitui um conjunto de métodos que se caracterizam pela ausência de violência, por isso ditos *negativos*. Seu emprego é compatível com qualquer doutrina ou ideologia, pois pode ser usada por qualquer tipo de grupo e ainda que com objetivos injustos.

Refere-se aqui a uma ausência de violência, necessitando sempre da identificação desse outro conceito.

Bobbio (2007) apresenta três significados para o termo “violência”, não considerando-os taxativamente em virtude da vastidão de significado desse termo cada vez mais amplo.

Primeiramente apresenta um sentido estrito ao termo “violência” como “a morte intencional e formada de um ser humano (ou, mais genericamente, de um senciente), ou a provocação intencional e forçada de lesões físicas mediante o uso da força” (p. 814).

Em correspondência a essa noção estrita de violência há a idéia bastante ampla de Não-violência como “toda técnica de luta isenta de violência física ativa” (p. 814).

Posteriormente Bobbio (2007) apresenta um significado mais amplo de violência como “a morte intencional e forçada, ou a provocação intencional e forçada de sofrimentos ou lesões físicas, quer isso ocorra mediante o uso da força (violência física ativa) quer não” (p. 814-815).

Em correspondência a essa idéia ampla de violência há uma noção mais restrita de Não-violência como “toda técnica de luta isenta tanto da violência física ativa, como da violência física passiva” (p.815) _ Esclarece-se que Bobbio compreende como violência física ativa uma ação mediante o uso da força e por violência física passiva uma conduta em que se deixa de fazer algo que poderia evitar o sofrimento, as lesões ou a morte.

Por fim, uma terceira acepção do termo “violência” de uma forma ainda mais ampla é “além da morte intencional e forçada ou da provocação intencional e forçada de sofrimentos ou lesões físicas (de modo ativo e passivo), a própria provocação intencional e forçada de sofrimentos ou lesões

psíquicas” (p.815). Atos que venham a gerar ansiedade aguda, pânico e desespero consistem em atos violentos em virtude de suas implicações psíquicas (quando intensas).

A essa aceção bastante ampla de violência corresponde uma aceção bastante restrita de Não violência como “todo método de luta isenta tanto de violência física (ativa ou passiva), quanto de violência psíquica (ativa ou passiva)” (p.815). São métodos de luta inofensivos, como por exemplo, o método democrático.

Bobbio explica que do ponto de vista moral a terceira aceção seria a melhor a ser adotada por ser mais amplo o seu conceito de violência e consequentemente mais restrito o seu conceito de Não-violência.

11.1.2 Não-violência Doutrinal e Positiva

Nessa perspectiva a Não violência é entendida como uma doutrina e se apresenta como:

uma tentativa de resposta apropriada e abrangente aos novos e graves problemas postos pelo enorme desenvolvimento dos armamentos, pela *escalation* da violência política, pelas tendências totalitárias congênicas ao Estado moderno, pelo desenvolvimento sem controle do industrialismo (não apenas capitalista) e pelas diferenças cada vez maiores entre as populações pobres e as populações ricas. (p.815-816)

Bobbio explica que trata-se de uma doutrina “aberta”, ainda em construção, fruto do encontro de algumas idéias do pacifismo ocidental com alguns temas do socialismo, do anarquismo, do Gandhismo e do estudo sistemático de diversas lutas não violentas que surgiram no curso da história.

Embora seja uma doutrina ainda em processo de construção, já é possível identificar alguns componentes essenciais em que ela se articula:

uma concepção do homem com ser racional, capaz de comportamento moral mesmo em situações de conflito extremamente forte; uma filosofia de educação que teoriza os métodos mais aptos a oferecer o máximo desenvolvimento de tal capacidade; uma filosofia da história segundo a qual as grandes conquistas humanas não obstante o uso de violência, de modo algum foram alcançadas graças ao seu emprego; uma concepção de vida associada, do poder político e do Estado; uma doutrina ética

que se estende até abraçar todos os seres sensíveis e dá consistência a uma rejeição da violência que não é apriorística, mas se funda numa atenta reflexão sobre a relação meios-fins; a proposta de uma modalidade de luta totalmente particular que já se tornou habitual designar com o termo *satyagraha*, criado por Gandhi, que continua ainda hoje seu maior teórico. (p.816)

Entendendo o homem como ser autônomo o defensor da doutrina da Não-violência leva em conta a idéia de igualdade (por abarcar idéias do socialismo e do anarquismo) e se opõe às aspirações totalitárias do Estado moderno (como centralismo, burocracia). Propõe uma sociedade fortemente descentralizada, com o uso amplo de métodos democráticos locais sobre decisões que interessem a toda a comunidade. Teoriza a socialização e o rigoroso controle dos meios de produção. Propõe uma sociedade de baixo consumo energético e onde o desenvolvimento tecnológico seja “inteiramente condicionado pelas exigências de um pleno e harmonioso desenvolvimento de toda a pessoa humana” (p. 816), Bobbio enfatiza que nesse tipo de sociedade

serão mantidas todas aquelas conquistas tecnológicas que sejam indispensável ao bem estar humano (entendido não apenas em termos de satisfação das necessidades, mas também em termos de qualidade de vida).

Essa doutrina também defende a inexistência de exército, em virtude de seu caráter descentralizado e da alta consciência moral e política que julga-se existir nessa sociedade.

Para evitar que a Não-violência converta-se em moralismo GANDHI criou os termos e *Satyagraha* e *ahimsa*.

11.3 Satyagraha de Gandhi e Desobediência Civil

Há que se considerar o campo de atuação do no qual se expressa a Desobediência civil. Ela se enquadra entre os meios de resolução não-violenta de conflitos e por isso mister se faz analisar o seu caráter resolutivo e a sua implicação jurídica em nosso ordenamento. Os métodos de resolução não-violenta de conflitos, por sua vez, fazem parte do arcabouço de estratégias para a concretização da paz.

CONIC explica que popularmente a palavra “paz” é usada algumas vezes no significado próximo de isolamento, como por exemplo na expressão “me deixe em paz”. No entanto a origem da palavra refere a uma dimensão mais comunitária: em latim *pax* vem de *pangere*, que significa comprometer-se e concluir um pacto, estabelecer um acordo entre duas ou mais partes. Nesse sentido há uma mudança de perspectiva pois a paz deixa de ser vista como atributo individual e passa a ter uma compreensão mais coletiva e comunitária. Trata-se de desenvolver o sentimento de pertença mais do que o de posse.

Pensando esse conceito no mundo das relações é importante analisar os elementos que agem no processo social, como conflito, agressividade e luta.

Desde Freud a *agressividade* é entendida como “força vital de cada pessoa, necessária para superar os obstáculos e limitações próprias do cotidiano” (CONIC, p. 15). Há que se fazer, no entanto uma distinção entre agressividade e agressão. A agressividade “é necessária como expressão de vontade e de energia para construir a paz” (CONIC p. 17). Ao contrário da agressão a agressividade não se opõe à paz.

Outro elemento das relações sociais importante a ser analisado é o *conflito*. A cultura ocidental tem assumido erroneamente o conflito como algo ruim, chegando a ser identificado como o oposto da paz ou sinônimo do desentendimento ou da intolerância. O problema consiste em como solucionar os conflitos, se por meios violentos ou não violentos. A cultura de paz percebe a dimensão positiva dos conflitos, como possibilidade de transformações, diálogos, e nova relação de forças.

Dessa compreensão positiva de conflitos surge a importância da *luta* como “forma de criar condições de diálogo e estabelecer uma nova relação de forças” (CONIC p. 17). Segundo CONIC, Luta não implica em guerra e nem necessariamente em violência. Gandhi e os movimentos pacifistas do último século demonstraram que é possível uma luta não violenta. “Diante da injustiça e da violência, a paz se relaciona com uma atitude de enfrentamento, de combate mesmo, por meios não violentos para que possamos ir em busca de algo melhor” (CONIC p. 18).

Diante da acepção de luta como instrumento de uma cultura de Não-violência, desobediência, como forma de contestar a ordem violenta, se inclui nessa noção de paz.

“A violência está vinculada à relação de dominação e submissão. Por isso a desobediência a leis e arranjos injustos apresenta-se, como Luther King (1929-1968) o demonstrou, como forma de promover a paz” (p. 18).

A paz é uma temática que no atual contexto se torna um clamor e reivindicação universal, sobretudo nos campos político, educacional e jurídico. A defesa da Cultura de paz passou a adquirir dimensão pública especialmente quando a Assembléia Geral das Nações Unidas proclamou o ano 2000 como Ano Internacional por uma Cultura de Paz e a Década 2001-2010 como a Década Internacional para uma Cultura de Paz e Não-violência para as Crianças do Mundo.

Segundo CONIC, Kant foi o primeiro a afirmar a necessidade de instaurar a paz como fruto de uma decisão racional e de um arranjo social, por entender que a interrupção das hostilidades não é ainda garantia da paz. Em 1946 a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) foi fundada e em céu preâmbulo dava atenção à relação entre paz e cultura: “Se as guerras nascem no espírito dos homens, é no espírito dos homens que devem ser construídas as defesas da paz”. Em 1986, pesquisadores de todo o mundo se reuniram e lançaram o Manifesto de Sevilha, no qual afirmam que “a biologia não condena a humanidade à guerra” e que por isso é possível adotar uma cultura de paz.

Ocorre que o conceito de cultura de paz abrange tanto os micros quanto os macroprocessos da sociedade, incluindo assim todo o corpo social, político e econômico. Uma estrutura para a paz deve favorecer tanto a paz negativa (ausência de violência direta) quanto a paz positiva (justiça social, por exemplo). “Assim, uma estrutura não favorável à paz pode ser mudada por novas interações, da mesma forma que interações de paz podem acontecer em uma estrutura não favoráveis a ela.” (Pág 11)

Gandhi concentrou seu método de não violento em dois conceitos, quais sejam: *ahimsa* e *satyagraha*. Ahimsa é a recusa de toda violência por entender que a contraviolência (isto é, responder a violência com violência) reforça o

poder dela sobre a realidade. No lugar da violência Gandhi coloca uma outra força, a Satyagraha.

Gandhi apud CONIC explica:

Satya (verdade) implica o amor, e *agraha* (firmeza) serve de sinônimo para força. Comecei, assim, a denominar o movimento indiano de *satyagraha*, e entendia esse termo como a força que nasce da verdade e do amor (...). o seu significado fundamental é a adesão à verdade e, por conseguinte, a força da verdade.

Em virtude disso, a não violência proposta por Gandhi é denominada *não-violência ativa* ou de firmeza permanente. Não basta não usar violência para ser considerado não violento, para sê-lo é necessário buscar a justiça por meio da verdade.

Para Bittar (2008) a finalidade da doutrina *satyagraha* é a conquista da libertação tanto coletiva quanto individual. Nessa doutrina, segundo Bittar, Gandhi estabelece três pontos fundamentais de sua prática: um princípio da ação, uma forma de luta e um objetivo a ser alcançado. Consiste ainda num apelo de entendimento ao adversário e tentativa de evidenciar a injustiça da situação. O objetivo é a libertação coletiva e individual.

Para Arendt *apud* Bittar o único fator indispensável para a geração do poder é a convivência entre os homens e “a ação não violenta é a única forma de ação que possibilita o encontro dos homens pela palavra” (pág. 410), objetiva-se a descoberta de uma meta comum que sirva como elemento aglutinador.

Lafer e Arendt *apud* Bittar (2008) entendem que a violência é incompatível com o poder pois a associação do poder com a violência implica no desvirtuamento conceitual da idéia de poder e também constitui

sinal de que o poder, que funciona na base de consensos e jogos de aceitação, encontra-se ameaçado de extinção, cedendo espaço para algo que lhe substitui, e que não depende de consentimento, mas da capacidade técnica de gerar sofrimento e submissão: *violência*. (BITTAR, 2008, p. 583)

As decisões acompanhadas de violência tendem a abafar qualquer forma de expectativas de contrariedade. Lembre-se que a violência abrange tanto os microprocessos quanto os macroprocessos.

Nesse sentido, em contraposição às formas de violência presente nos macroprocessos, isto é, no âmbito econômico, social e político, surge a

Desobediência Civil. Ao mesmo tempo em que é possível dizer que a não violência é uma característica da Desobediência Civil, é preciso dizer que a Desobediência Civil é um dos instrumentos da Não-violência.

Importa ressaltar que a não-violência não se confunde com passividade,

passividade é o fechamento voluntário dos olhos diante de uma situação de injustiça. Segundo Gandhi, é a atitude mais baixa que alguém pode tomar: submeter-se à injustiça ao invés de assumir a responsabilidade humana de lutar contra ela. O medo das conseqüências de se opor à injustiça pode tornar uma pessoa passiva. (CONIC, 2005 p. 27)

Há, basicamente, três recursos como estratégia de mudança social pela não-violência Não se pode confundir esses recursos com espécies de desobediência civil, porém, a desobediência faz uso desses recursos. São eles:

a) Não-cooperação

Consiste numa forma de obter consenso e acordo retirando o apoio e adesão a algo. Retiram-se as formas de cooperação ou negam-se as novas formas de ajuda. Pode ser realizada nos âmbitos social, econômico e político.

Como exemplo de não-cooperação política há a memória da resistência contra a ocupação nazista na Dinamarca, Os oficiais alemães ao entrarem nas lojas e restaurantes ordenavam a prisão dos judeus, todos faziam silêncio e se retiravam imediatamente. “Dos 7 mil judeus dinamarqueses apenas 500 foram presos” (CONIC, 2005, p. 31).

b) Intervenção Não Violenta

Segundo CNBB *apud* CONIC “trata-se de intervir em alguma situação, porém de forma não violenta”.

Os métodos de intervenção funcionam tanto negativa quanto positivamente. Eles podem transformar e mesmo desintegrar padrões de comportamento estabelecidos, políticas, relações ou

instituições que são vistas como censuráveis; ou podem estabelecer novos padrões, políticas, relações ou instituições. (2005, p.31).

Há cinco categorias de métodos de intervenção não violenta: psicológica, física, social, econômica e política.

Como exemplo de intervenção física pode-se citar o grupo anti-segregacionista de Martin Luther King, que durante os anos 1955 e 1956 ocupavam os meios de transporte (*ride-in*), impedindo que os brancos sentassem.

CONIC cita como exemplo de intervenção política diversos grupos do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) que utilizam a ocupação não violenta como forma de luta pela reforma agrária.

c) Divulgação das Lutas Pela Paz

Objetiva tornar público o que se está fazendo para mobilizar o envolvimento as pessoas na luta pela paz e pela justiça. Pode se dar por Manifestações e por campanhas.

Manifestações servem para expressar um posicionamento (contra ou a favor) ou simplesmente para informar.

Campanhas se estruturam em razão de fins determinados. Busca-se aliados e o consenso sobre questões pontuais que afetam um grupo, um país ou toda a humanidade.

Faz-se necessário dizer que os teóricos da Desobediência Civil como conduta não-violenta permitem que em casos extremos seja usada a violência. King permite que se faça uso da violência na Desobediência Civil quando inevitável, como forma de legítima Defesa. No mesmo sentido pensa Thoreau.

GANDHI por sua vez, afirma:

estou convencido de que a não-violência é infinitamente maior do que a violência... (mas) acredito que no caso em que a única escolha possível fosse entre a covardia e a violência eu aconselharia a violência... Preferiria que a Índia recorresse às armas para defender

sua honra e não ficasse covardemente como testemunha impotente da própria desonra. (GANDHI *apud* BOBBIO, 2007, pág. 537).

12 ASPECTOS HISTÓRICOS DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Segundo Paupério (1978) a origem da desobediência civil é remota, podemos perceber a sua presença em diversos períodos da história da humanidade. Ao que parece, usando do brocardo de que onde há sociedade há direito, pode-se afirmar que aonde há direito há sempre possibilidade de desobedecê-lo tendo como pretexto o melhor para a sociedade.

O Código de Hamurabi, na antiga Mesopotâmia, já previa a rebelião contra o governante, como castigo a este por desviar-se da lei.

Na Grécia Clássica, Sófocles registrou a desobediência civil em sua obra *Antígona*. Também na Grécia Sócrates contestou as autoridades de sua época e por isso foi julgado.

A tradição bíblica é fundada na lei de Moisés⁵, que para o povo judaico-cristão é o caminho do qual não se pode desviar, porém a história desse povo é marcada pela presença de profetas na tentativa de mostrar novos sentidos à lei e a necessidade de outras formas de exercício do poder⁶.

Jesus procurou atualizar a lei de Moisés não se limitando a uma hermenêutica restrita da *Torah*, Ele curava aos sábados, não cumpria os ritos de purificação antes das refeições, chegou a amaldiçoar a figueira (que simbolizava também a *Torah*) e pregou o surgimento de uma nova Ordem Social. Em alguns momentos parecia querer romper com a antiga lei, em outros parecia querer apenas atualizá-la⁷.

Na Idade Média São Tomás de Aquino criou a Teoria da Revogação do Poder Real pelo Povo. Para Aquino o Estado não precisa estar subordinado à Igreja, porém as ações do governo deveriam se pautar em princípios morais.

⁵ A lei de Moisés é o mesmo que *Torah* judaica. É a fonte basilar do judaísmo. Equivale ao Pentateuco (cinco primeiros livros da Bíblia Cristã).

⁶ No A.T. As parteiras desobedecem às ordens do Faraó (Ex 2,1-10).

⁷ Mt 5, 21.27.38.43.

No entender de COSTA aí estaria o embrião da força da opinião pública, ficando estabelecidos os limites do Estado moderno.

La Boétie (1530-1563) explica que existe um voluntarismo da servidão pois para ele só é possível que um única pessoa, o tirano, mantenha-se no poder por que existe um consentimento mínimo dos oprimidos. Pare ele a libertação dessa servidão somente se daria por meio do conhecimento e amizade entre os homens.

Para Locke, no século XVII, antes da sociedade os homens viviam em um estado natural, nascemos livres e racionais. Diferentemente de Hobbes, ele não acredita na necessidade de uma renúncia de direitos naturais em favor dos governantes, no seu entender o poder dos governantes foi outorgado e portanto pode ser revogado, o que justifica o direito de resistência em caso de abuso do poder.

Locke defendia o direito de insurreição do povo quando os governantes não preservassem os direitos naturais individuais (vida, liberdade e propriedade). Para ele o direito de resistência é um “instrumento político para o aperfeiçoamento do Estado” e um requisito para a cidadania.

Thomas Jefferson apud Costa sendo um contratualista definiu que:

os direitos à vida, à liberdade e à busca de felicidade permaneciam em poder dos indivíduos, não sendo transmitidos à sociedade política no momento em que esta se constitui, porque eram inalienáveis, essenciais à própria personalidade humana. (CONSTA, 1990, p. 9)

Havendo quebra do Contrato Social, não sendo mais protegidos esses direitos, surge o dever de resistir.

Thoreau dá visibilidade maior à desobediência civil, apresentando a sua forma moderna. Por não concordar com a escravidão e a Guerra Americana contra o México, Thoreau deixa de pagar os tributos e por isso é preso. Na prisão ele escreve o artigo *Desobediência Civil*, no qual estabelece as características e os fundamentos dessa postura. A princípio Thoreau não quer uma revolução: “o que desejo imediatamente é um governo melhor, e não o fim do governo.”.

Para Costa (1990, p.10) a diferença entre Thoreau e aqueles que os antecederam está no fato de que em Thoreau “a desobediência civil

caracteriza-se como uma resistência localizada, que pudesse efetivar reivindicações específicas” *Desobediência Civil*, de Thoreau inspirou pessoas em todo o mundo a desobedecer conscientemente a lei como forma de protesto. Diversos movimentos nacionalistas na África e na Ásia fizeram uso da desobediência civil, destacam-se nesse contexto lideranças como Mahatma Gandhi em defesa da independência Indiana, e Martin Luther King, contra a segregação racial nos Estados Unidos na década de 1960.

Mahatma Gandhi (1869-1948) alertava que os interesses das minorias ou das maiorias oprimidas não podiam ser sacrificados no processo de representatividade democrática. Defendia que a resistência passiva seria a melhor forma de provocar mudança social.

Martin Luther King (1929-1968) também adotou a proposta de não-violência utilizada por Gandhi, na luta por direitos Civis nos Estados Unidos.

King sistematizou as táticas de ação, os negros americanos faziam uso de boicotes, marchas, protestos e “*sit-in*”.

Esses dados levam a crer que a desobediência civil tem uma origem remota e que pode ser entendida como um processo histórico de resistência de grupos que não se identificam com o dispositivo legal, por não representá-los ou por estarem desatualizados, ou acreditam nessa fonte de Direito, mas não vêem justiça na sua interpretação.

A história demonstra insurreições contra os governantes quando este, que detém o poder estatal, retira o sentido de existência do Estado, qual seja o de garantir o mínimo ao indivíduo. Em outras palavras, a lei perde o seu poder na medida em que perde a sua legitimidade.

Quando as leis são incorporadas ao ordenamento jurídico sem um processo legislativo democrático acaba por ferir a existência da liberdade no Estado Democrático de Direito. A liberdade tem sido entendida como o principal fundamento do Direito e por isso é visto como aceitável e legítimo a atuação de grupos humanos que pratiquem a desobediência civil como meio de defender a sua liberdade e exercer a sua soberania. É legítima a busca pela efetivação ou mesmo mudança da ordem na medida em que lei perde o seu prestígio.

13 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A DESOBEDIÊNCIA

A idéia de liberdade implica também numa dimensão de participação no processo decisório, qual seja: a cidadania.

13.1 - Cidadania na Constituição Federal de 1988

O sentimento social de liberdade tem passado, nas sociedades contemporâneas, por ataques de totalitarismos, mediante formas de desindividualização, comunicação de massa, da tecnocracia, da nivelção cultural, do homem unidimensional.

O ordenamento jurídico acompanha a dinâmica social e por isso também é atingido pelas formas de totalitarismos presentes na sociedade. A lei é produto da razão (MONTESQUIEU), mas de um tipo de razão irracional (MARCUSE), uma razão alienada.

A representação política demonstra-se insuficiente para os anseios sociais e por isso enfrenta uma crise de legitimidade.

O cidadão passa a ter um sentimento de vulnerabilidade e desproteção. Nesse contexto surge a necessidade de repensar na atuação do Estado, nas formas de controle sobre ele, e na forma de participação dos cidadãos.

Garcia (p. 296) explica que se por um lado há a necessidade de “restabelecer o império da lei”, mantendo a sua “autoridade e formas previstas no ordenamento jurídico de sua revogação ou alteração (revogação, ação direta de inconstitucionalidade), junto à “influência exercida pela doutrina e a jurisprudência, debates, protestos e críticas_ a opinião pública”, por outro lado há uma justificativa no uso da desobediência civil “como direito fundamental do cidadão de intervir nesse processo político da atividade do Estado”.

O § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 contem uma aceitação de outros direitos e garantias que decorrem do regime e dos

princípios adotados pela Constituição bem como dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Analisando a Constituição de 1946 Teixeira (p 704-705) afirma que os direitos e garantias enumerados na Constituição não são os únicos que ela reconhece, isto é, que a sua enumeração não é taxativa.

Assim, por exemplo, como decorrência do princípio geral de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e ainda que esta deve ser justa, de que o poder deve ser legítimo em sua origem e em seu exercício etc., tudo nos termos fixados pela Constituição, surge o *direito de resistência à opressão e o direito à insurreição*, direitos não organizados, nem expressamente proclamados, mas existentes, reconhecidos e proclamados até mesmo pelos doutores da Igreja. Desta categoria são todos os chamados *direitos não enumerados*, mas ínsitos na forma democrática de convivência política, decorrência do Estado de Direito. (p. 704).

Teixeira também afirma que, pensando os direitos e garantias como um conjunto, eles se revelam “*condicionados, entrelaçados uns aos outros, servindo-se, auxiliando-se mutuamente*, na tarefa com e suprema da preservação da liberdade”(p 705)

Sobre a Constituição de 1988 Nogueira (1992) explica que a lei, e a Constituição, “não comanda somente por disposições textuais isoladas, mas pelo contexto ou conjugação de seus dispositivos e ainda pelas disposições implícitas, decorrentes dos princípios” (p. 36).

Em virtude desse entendimento o regime republicano de governo, o princípio democrático e o princípio da cidadania, como princípios fundamentais do Estado Brasileiro expressos no art. 1º da Constituição Federal, extrai-se um Direito, ao cidadão, que decorre da titularidade da coisa pública.

Esse plexo de direitos e garantias da cidadania deverá conter _ por definição_ o direito da desobediência civil: dentro do ordenamento jurídico, a possibilidade do cidadão, titular do poder do Estado (que exerce ‘por meio de representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição’ edita o parágrafo único do art. 1º) _ promover a alteração ou a revogação da lei ou deixar de atender à lei ou a qualquer ato _ que atentem contra a ordem constitucional ou os direitos e garantias constitucionais. (Garcia 297).

Trata-se do *status civitatis* que decorre dos direitos fundamentais em que está inserido o próprio mandamento do § 2º do art. 5º.

13.2 Artigo 5º, §2º, da Constituição Brasileira

A Constituição brasileira de 1988 consagra, no §2º, do art. 5º, que:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Segundo Garcia (2004) esse dispositivo deriva-se do texto da Emenda IX da Constituição Americana de 1787, cujo texto preceitua: “A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo”.

Esse texto foi inserido nas Constituições de Portugal e Argentina. As Constituições brasileiras procuraram garantir algo parecido, como pode-se observar:

Art. 78, Constituição de 1891:

A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclue outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ella estabelece e dos princípios que consigna.

Art. 144, Constituição de 1934:

A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constiuição não exclue outros, resultantes do regime e dos princípios que ella adopta.

Art. 123, Constituição de 1937:

A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclue outras garantias e direitos resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso dêsses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.

Art. 144, Constituição de 1946:

A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

Art. 150, § 35, Constituição de 1967:

A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

Art. 153, §36, da Emenda Constitucional de 1969:

A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

Investigando o significado e alcance desse dispositivo Constitucional surge o questionamento de que espécie de norma está aí consubstanciada. Teixeira *apud* Garcia (2004) apresenta algumas respostas que favorecem a melhor compreensão sobre esse enunciado, para isso ele nos fala das normas constitucionais de eficácia plena e das normas de eficácia limitada, ou reduzida.

Dentre as normas de eficácia limitada ou reduzida surge a classificação entre as normas programáticas e normas de legislação:

as primeiras versando sobre matérias de conteúdo ético-político-social, constituem programas de ação social (econômica, religiosa, cultural etc) assinalados ao legislador ordinário. Quanto as denominadas normas de legislação, não versam matérias de natureza ético-social, mas inserem-se na parte da *organização da Constituição* e, excepcionalmente, na relativa aos direitos e garantias (liberdades). (GARCIA, 2004, p.217-235)

A norma contida no §2º do art. 5º da Constituição é classificada como de natureza dúplice: possui uma norma de eficácia plena (que abrange direitos e garantias, aplicáveis desde logo e que são de “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, por força da determinação do §1º do art. 5º) e uma norma de eficácia limitada, referentes aos “direitos e garantias dos tratados internacionais” em que o Brasil seja parte.

A primeira norma trata do *princípio da não supressividade*, por esse princípio há o não afastamento de outros direitos e garantias não mencionados, os quais estão, como entende Barbalho *apud* Garcia (2004), subsistentes, vez que sejam decorrentes do regime e dos princípios consagrados pela Constituição.

As normas de eficácia plena são de aplicabilidade direta, imediata e integral. Produzem seus efeitos essenciais desde a sua promulgação. *Efeitos essenciais* são os efeitos inerentes ao preceito normativo, ligados a sua razão originária, são ainda imprescritíveis.

Grau (1988) defende, sobre esse aspecto, que as normas de eficácia plena devem ser vistas como reserva da lei dentro dos direitos fundamentais, e não direitos fundamentais dentro da reserva legal.

O teor desse dispositivo esteve presente, com algumas variações, em todas as constituições brasileiras.

13.2. 1 Direitos e Garantias Implícitos

Por certo, é possível afirmar que os limites desse dispositivo são os limites do regime e dos princípios abarcados pela Constituição. É possível, todavia, em meio a essa grande abrangência indagar agora, quais os direitos e garantias não expressos na Constituição podemos extrair a partir do §2º do art. 5º.

Garcia (2004, p. 217-235) explica que, para Ferreira “o enunciado dos direitos e garantias fundamentais não é completo”, não se trata de número taxativo e não exclui os demais princípios que não estão explícitos. São direitos e garantias contidos implicitamente “no *regime*, nos *princípios* constitucionais ou que venham a constar dos *tratados* internacionais. No direito comparado podemos citar como exemplo de *direitos implícitos* o caso da Argentina, em que não há na sua Constituição menção sobre o direito de reunião, mas esse direito foi considerado como existente tendo em vista os princípios expressos em que esse direito é implicitamente abarcado.

Portanto, o §2º do art. 5º se refere a direitos e garantias que são contidos ou compreendidos como implícitos no regime, nos princípios e nos tratados internacionais firmados.

Para Mendes (2008, p.269-271) o referido parágrafo possibilita afirmar “que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a interpretação dos direitos fundamentais do Título II da Constituição”. Por isso entende-se como legítimo cogitar direitos fundamentais que estão fora do texto constitucional quando esses originam-se de princípios adotados pela própria Constituição.

Mendes explica que o fundamento de tal afirmação é “as posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana” não podem ficar à “disponibilidade do legislador ordinário”.

O entendimento de que é possível, a partir das normas do próprio catálogo dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais elementares da Lei Maior, deduzir a existência de outros direitos fundamentais não constitui novidade na tradição constitucional brasileira. A Carta de 1969 também proclamava, no §36 do art. 153, que ‘a especificação dos direitos e garantias expressos na Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota’. Pontes de Miranda ensinava, então eu o propósito da norma, de extração norte-americana (IX Emenda), era explicitar que “a enumeração de alguns direitos na Constituição não pode ser interpretada no sentido de excluir ou enfraquecer outros direitos que tem o povo”, acrescentando: “os textos constitucionais, quando se preocupam com direitos individuais ou dos nacionais, mais cogitam daqueles que facilmente se põem em perigo. Com isso, não negam os outros (...). Uma das consequências da regra jurídica do art. 153, §36 é refugar-se, a respeito de direitos e garantias, o princípio de interpretação das leis *inclusio unius alterius est exclusio*”. (MENDES, 2008, p.270-271).

a) Regime

O regime de que trata o §2º do art. 5º aquele definido no art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”

Diante disso, os *outros* direitos e garantias serão decorrentes dessa forma de constituição do Estado Brasileiro que tem como pilares o modelo federativo e o exercício democrático de governo. A República, como ensina Ferraz Jr. apud Garcia (2004), se constitui em Estado, e não pelo Estado, “e o faz pela afirmação da cidadania, um dos seus fundamentos”.

O regime republicano abre uma possibilidade maior de participação cidadã, eis que trata do governo da *res publica*. Abarca valores inerentes à cidadania (a vida, a segurança, a propriedade, e a liberdade) e a partir desses valores surgem os direitos individuais. Desse princípio republicano assumido pela Constituição podemos extrair o princípio da segurança jurídica, base de todos os demais direitos.

b) Princípios

Os princípios implicam em origem, começo, normas elementares, base ou alicerce do sistema jurídico.

O art. 1º sustenta em nosso ordenamento, como princípios fundamentais, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. Outros princípios podem ser encontrados demais dispositivos constitucionais.

Por força do §2º do art.5º pode-se dizer que esses princípios compreende direitos e garantias que não foram lançadas diretamente no texto constitucional mas que se reportam a esses princípios em favor dos indivíduos, do Estado Democrático de Direito ou em favor da própria Constituição Federal de 1988.

c) Tratados Internacionais

Os tratados se referem ao regulamento de condutas recíprocas entre os Estados, de modo que formam pacto entre eles.

Pelo enunciado do §2º do art. 5º direitos e garantias individuais, oriundos de tratados internacionais passam a integrar o texto constitucional de tal sorte que podem ser exigidos independentemente de norma expressa.

Há que se dizer, porém que segundo Mendes, essa posição de parte da doutrina de enxergar a partir desse dispositivo do §2º um *status* constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil faça parte “não obteve adesão do STF”.

14 DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Para doutrinadores como Garcia, Buzanello, Costa e Tavares a Constituição consagrou a possibilidade de direitos fundamentais implícitos que decorrem do regime e princípios adotados por ela. Entre esses direitos implícitos está o Direito de Desobediência Civil.

Buzanello explica que a desobediência civil é um direito fundamental que decorre do direito constitucional à liberdade e se destina à proteção da liberdade individual e uma legítima defesa social.

Para Arendt (1999) a cidadania é essência da liberdade, é o aspecto político da liberdade. Nesse contexto a liberdade é participação dos cidadãos nas decisões do Estado e na defesa de seus interesses. A liberdade é também, para Arendt o motivo pelo qual os homens convivem em sociedade.

O princípio da cidadania expresso no art.1º da Constituição brasileira de 1988 implica na ação política da vida em sociedade.

Garcia (2004) explica que sendo a cidadania a dimensão política da liberdade “poder do Estado e cidadania, autoridade e liberdade representam o eterno binômio da dimensão social, jurídica e política do ser humano”.

Ferraz Jr. *apud* Garcia (2004, p.280) comenta que o art. 1º da Constituição quando diz que “todo poder emana do povo” trata de um só poder, “o poder da cidadania enquanto agir conjunto”.

Este sentido legitimante da República exige a cidadania como uma espécie de fundamento primeiro, porque, sem este reconhecimento de que o ser humano deve ter o seu lugar no mundo político, perverte-se a cidadania numa relação de submissão para a qual o pluralismo então não consta, absorve-se a esfera pública, e a dignidade humana torna-se princípio vazio sem condições de afirmação concreta.

Montesquieu (1979, p.148) bem fala sobre a relação entre liberdade e poder quando ensina que “A liberdade política só se encontra nos Governos moderados. Mas ela não existe sempre nos Estados moderados. Ela só existe neles quando não se abusa do poder”. Daí conclui que para que não haja abuso de poder é necessário que “o poder freie o poder”.

Para Thoreau, mais do que um direito, a desobediência civil constitui um dever do cidadão, posto que este deve ter participação ativa na sociedade no cuidado da *res publica*.

O princípio da cidadania e da república, assumidos pela Constituição Brasileira dá ao cidadão o poder-dever de intervir na condução da sociedade.

O direito de desobediência civil tem como titulares o cidadão ou grupo de cidadãos que assumem um inatendimento à lei, objetivando a sua revogação ou exclusão por ser contrária à ordem constitucional ou aos direitos fundamentais.

Para Garcia (2004) o poder de intervir na produção da norma admite o poder de intervir na sua alteração ou modificação com fundamento na sua incompatibilidade com a Constituição.

Para Costa, Garcia, Buzanello e Tavares a desobediência civil constitui-se em um direito subjetivo público e “consiste em medidas ou técnicas de proteção das prerrogativas da cidadania” (Garcia, p. 298).

A Constituição não formalizou o direito de resistência, como em Portugal e Alemanha. Também não existe no Brasil a hierarquia do Poder Judiciário, com o Tribunal Constitucional _ no qual no qual possa haver processos constitucionais promovidos pelos cidadãos_ como na Alemanha. Contudo o § 2º do art. 5º, cominado com o art. 1º, ambos da Constituição, implicitamente outorga ao cidadão o direito de resistir.

A corrente doutrinária que admite a desobediência civil propõem que ela deve ser exercida em consonância com o inciso XXXIV, a, do art. 5º da Constituição, que assegura o “direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

Temer (p. 205, 1989) ensina que o direito de petição, é assegurado no Brasil desde a Constituição de 1824 mas tem origem bem mais remota. “De qualquer forma, não se fornecem aos seus utilizadores meios de compulsão para o seu atendimento. Daí a sua pouca utilização, no cotidiano” (p.205, 1989).

Para Mendes (2008) o direito de petição é um “importante instrumento de defesa não jurisdicional de direitos e interesses gerais ou coletivos” (p.566). Para esse autor, “No conceito de petição há de se compreender a reclamação

dirigida à autoridade competente para que reveja ou eventualmente corrija determinada medida”. Presta-se tanto a defesa de direitos individuais contra abusos como em defesa de direitos coletivos ou interesse geral.

Mendes, no entanto, enfatiza que a existência de órgãos destinados à defesa de interesses gerais (como o Ministério Público), dá ao direito de petição um caráter substitutivo, devendo, portanto ser usado em casos cautelosamente.

Não há critério algum relativo à capacidade para o exercício do direito de petição, portanto o menor poderá exercê-lo, bastando que tenha consciência do que significa tal direito.

Filho *apud* Garcia enfatiza que é tão importante o direito de petição que os Poderes do Estado não podem deixar de responder às postulações do cidadão.

A Lei 9.784/99 _ de Procedimento Administrativo_ estabelece que administração pública deve emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações em matérias de sua competência. Nos termos dessa lei, concluída a instrução, a Administração disporá de 30 dias para decidir, salvo por prorrogação, por igual período, expressamente motivada.

Mendes (2008) ensina que essa disposição legislativa está afinada com outras garantias, como o direito à razoável duração do processo nos âmbitos judicial e administrativo (inciso LXXVIII do art. 5º).

Filho *apud* Garcia considera o direito de petição um “instrumento organizado de proteção das liberdades [...] meio de reclamar ao Parlamento, órgão de representação popular” (GARCIA, p. 300).

Diante dessas informações pode-se concluir, com diversos doutrinadores, que a desobediência civil pode ser praticada com supedâneo nos artigos 1º, II; § 2º do art. 5º; e inciso XXXIV, a, da Constituição Federal.

Portanto, o cidadão que, com inatendimento a uma ou mais leis declara-se em desobediência civil, peticiona ao Poder Público, postulando a exclusão dos efeitos de uma lei, bem como sua revogação ou alteração, com o argumento de que há nessa lei uma conflitância com a ordem constitucional ou

algum direito ou garantia fundamental, não pode ser equiparado a um mero descumpridor da lei (Garcia 2004).

Pode também, como forma ativa de desobediência civil, na qual se acredita ter subtraído o caráter de ilicitude da desobediência, e conseqüentemente sua punição, ser manejada a figura do *habeas corpus*, pela força do inciso LXVIII, do art. 5º.

Esse remédio constitucional visa garantir o direito individual de locomoção, sendo cessada a ameaça ou coação à liberdade de ir, vir e ficar.

Pode, nesse sentido, ser utilizado tanto o *habeas corpus* repressivo (também chamado de liberatório, é aquele em que o indivíduo já está privado de sua liberdade), quanto preventivo (também chamado de salvo-conduto, é aquele em que o indivíduo está sendo ameaçado de ser privado de sua liberdade).

15. JUSTIFICATIVAS PARA A PRÁTICA DE DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Para Bobbio (2007, p. 338) a desobediência civil é “um ato de transgressão da lei que pretende ser justificado e que acha nessa justificação, portanto, a razão da própria diferenciação de todas as formas de transgressão”. Portanto o autor cita três fontes de justificativas para a desobediência civil.

Primeiramente Bobbio explica que a principal fonte da justificação é a idéia moral, que obriga os homens, independentemente de coação. A lei promulgada pela autoridade política só obriga internamente na medida em que é conforme a lei moral, do contrário só obriga pela possibilidade de coação. Essa idéia é originalmente religiosa e posteriormente consolidada no direito natural.

Essa carga religiosa é observada em diversos movimentos de desobediência civil. Bobbio cita um trecho das palavras de Gandhi a um tribunal que devia julgá-lo:

Ouso fazer esta declaração não certamente para subtrair-me à pena que deveria ser-me aplicada, mas para mostrar que eu desobedeci à ordem que me havia sido dada não só por falta de respeito à

autoridade legítima, mas para obedecer à lei mais alta do nosso ser_ a voz da consciência.
(GANDHI *apud* BOBBIO, p. 338).

Uma segunda fonte justificativa para a desobediência civil é a doutrina de origem jus naturalista “que afirma a supremacia do indivíduo sobre o Estado e de que deriva a dupla afirmação de que o indivíduo tem alguns direitos originários e inalienáveis” (*idem*) e o Estado é uma associação, surgida do consenso comum dos cidadãos para proteger seus direitos fundamentais e assegurar uma convivência livre e pacífica.

O autor cita um trecho da obra de Locke:

O fim do governo é o bem dos homens; e que coisa melhor para a humanidade: que o povo se ache sempre exposto à ilimitada vontade da tirania ou que os governantes se achem por vezes expostos à oposição, quando se tornam excessivos no uso de seu poder e o usam na destruição e não na conservação das prerrogativas do povo?(LOCKE *apud* BOBBIO, p. 388).

A terceira fonte de justificação apresentada por BOBBIO é “a idéia libertária da perversidade essencial de toda a forma de poder sobre o homem, especialmente a do máximo poder que é o Estado”. Diante disso todo movimento que tente impedir os abusos do Estado “é uma premissa necessária para instaurar o reino da justiça, da liberdade e da paz.” BOBBIO explica que essa inspiração libertária estiveram presente em diversos grupos de protesto (como contra a guerra do Vietnã) e cita um trecho da obra de Thoreau: “O melhor governo é o que de fato não governa” (*idem*).

15.1 Decadência da Confiança no Estado e do Interesse entre os Cidadãos

Alguns teóricos tratam da questão da perda da perda de prestígio da lei, da diminuição da confiança no Estado e do interesse do cidadão. Esses fatores afetam a legitimidade do poder e conseqüentemente constituem fontes de justificativas para o direito de resistência.

15.2 Perda de Prestígio da Lei

Di Pietro (1991) ensina que a lei tem perdido a sua grandeza e o seu prestígio. O primeiro argumento que DI PIETRO (1991) aponta para a perda de grandeza e prestígio da lei é a desvinculação da idéia de justiça, fazendo com que a lei passasse de instrumento do bem comum para instrumento de interesses de grupos, classes, partidos, etc.

O segundo argumento apontado por Di Pietro para a perda da credibilidade da lei é a sua mudança sem qualquer preocupação com a justiça e com o bem comum, nesse sentido a lei continua a existir, mas não como um instrumento de garantia das liberdades contrário aos abusos do poder, como pensava a doutrina liberal.

“Pode-se afirmar, diante dessas constatações, que o que fora garantia torna-se grilhão; o que fora júbilo torna-se indignação” (p. 14).

15.3 Corrupção

Segundo o *Aurélio* corrupção é: o “ato ou efeito de corromper-se; decomposição” (FERREIRA, 2006, p. 271).

Garcia (2004) explica que segundo Revel o Estado burocrático_ com sua organização complexa_ não impede a ocorrência de corrupção, pois quanto maior for o papel do Estado maior será a possibilidade de corrupção.

Conforme esse entendimento *opressão* e *corrupção* são formas correspondentes e constituem motivos para a insatisfação com relação aos governantes, e conseqüentemente justificativas do direito de resistência.

Garcia também procura resposta na teoria da corrupção formulada por J. Patrick Dobel para a explicação da decadência da confiança, da lealdade e do interesse entres os cidadãos de um Estado.

A contestação feita é de que a desintegração das formas ordenadas de vida é um problema central da política. As explicações da desordem crescente das vidas humanas tendem a dividir-se segundo três linhas: *institucional*, *moral* e *econômica*. A abordagem institucional afirma que as estruturas sociais e políticas

desatualizadas não podem mais atender a uma população cujo tamanho, valores e expectativas mudaram radicalmente desde sua instituição. A explicação moral vê certas mudanças indesejáveis resultarem num colapso das disciplinas morais tradicionais, e vê igualmente indivíduos sem autodisciplina ou altruísmo fazendo exigências indevidas às instituições.

Por último a interpretação econômica argumenta que as distribuições de economia e poder geraram forças que alienaram o povo e levaram a rupturas sociais_ daí a formulação da teoria a corrupção, a partir de cinco autores: Tucídides, Platão, Aristóteles, Maquiavel e Rousseau. (GARCIA, 2004, p. 174).

Dessa forma compreende-se que causa da corrupção sistemática se encontra em determinados padrões de desigualdade. Ela é determinada pelas escolhas morais dos indivíduos, no entanto, a corrupção do Estado é consequência da natureza individual “interagindo com desigualdades sistemáticas e permanentes de riqueza, *status* e poder” (p. 176). A relação existente entre desigualdade e corrupção é revelada nas relações das pessoas no Estado desigual e na política concebida por elas.

Segundo essa teoria da corrupção há dois tipos de desigualdade que podem corromper o Estado: a de riquezas e a que exclui do poder e da autoridade.

15.3.1 Desigualdade de Riquezas

Consiste na riqueza maciça e permanente para um determinado grupo enquanto o outro pouco ou nada tem. Aqueles que possuem riqueza passam a apenas gerir o que possuem, deixando de lado o Bem Comum.

15.3.2 Exclusão dos cidadãos do Poder e da Autoridade

A negação da possibilidade de participação do cidadão no governo e na autoridade, exceto se este obter terras, títulos, partidos, ou outros critérios estabelecidos pela autoridade.

Um dos significados da palavra 'corrupção' é, literalmente, 'quebrar em muitos pedaços', daí a necessidade de um conjunto mínimo de compromissos racionais e emocionais com o bem comum e com as estruturas que sustentam o Estado. As facções em que é fracionada a comunidade destroem as lealdades que sustentam essa mesma comunidade: as facções são centros objetivos de poder, criam leis próprias para seus membros e para sua proteção, passa a ser uma coisa racional trabalhar sistematicamente para corromper o governo, a fim de manter a base de poder da própria facção".
GARCIA, 2004, p. 177).

Segundo a teoria da corrupção as facções passam a fazer parte do Estado e cria-se um mecanismo de dependência mútua.

Bobbio (1992) explica devido ao fato do sistema político do Estado ser um subsistema do sistema global, atualmente o direito de resistência objetiva enfrentar e mudar não apenas o Estado ou parte dele, mas todo o sistema global.

O uso da desobediência civil é justificado na medida em que esta objetiva mostra publicamente a injustiça de uma lei, sua ilegitimidade. O Estado quando se demonstra corrupto, totalitário, ou mesmo despreparado, excluindo a participação popular do poder e da autoridade, solidificando desigualdades, produz um grande número de leis sem prestígios e imorais.

A aceitação da desobediência civil como um direito fundamental implica em reconhecer um instrumento legítimo de participação social que auxilie na elaboração de um direito dinâmico, sempre pronto à transformações e sem interesse normalizador.

Relembre-se que o objetivo da desobediência civil não é o desfazimento do Estado, mas sim de sua parte patológica, constitui-se num mecanismo de defesa dos direitos e garantias fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Esse trabalho monográfico teve como objetivo geral analisar se a Constituição Federal brasileira de 1988 de alguma forma outorgou aos cidadãos o direito de desobediência civil.

Chegou-se à conclusão de que a desobediência civil é um direito previsto na Constituição Federal. Essa afirmação se deve ao fato de que se verificou, a partir da coleta de dados bibliográficos, que a desobediência civil não está explicitamente no texto constitucional, porém está de maneira implícita. Essa constatação é feita a partir da hermenêutica constitucional sobre o artigo 1º (que fixa as bases do Estado brasileiro, e seus princípios fundantes), e o § 2º, do art. 5º (que caracteriza a Constituição como um sistema aberto, admitindo direitos fundamentais implícitos).

A desobediência civil é uma espécie de direito de resistência, na qual é negada a obediência a uma ou mais leis em virtude de sua ilegitimidade. Ela tem como objetivo mostrar publicamente a injustiça da lei e induzir o legislador à modificá-la.

Pode-se compreender o direito de resistência como o poder que tem o povo de interferir no pacto social, modificando ou negando a ordem estabelecida.

Pode-se citar como características da desobediência civil a sua publicidade, a não-violência, o objetivo de modificar uma ou mais leis, e o fato de realiza-se de forma coletiva.

A não-violência é tanto uma característica da desobediência civil quanto uma forma genérica de resolução de conflitos que tem como um dos instrumentos a desobediência civil.

Essa forma de inatendimento à lei pode consistir em fazer o que a lei proíbe ou não fazer o que a lei ordena que seja feito. Com essa medida o Estado entra em uma situação de desconforto, cabendo ao governante repensar o seu posicionamento.

Segundo os doutrinadores que defendem a possibilidade legítima da desobediência civil ela é um mecanismo indireto de participação da sociedade, pois esta não possui suficientes meios de participação.

O direito de desobediência civil tem como titular o cidadão, portanto é um direito a ser exercido de forma coletiva. Quando exercido apenas por um sujeito não significa dizer que tornou-se um direito individual pois o agente age representando um grupo de cidadão.

A princípio constitui um ato ilícito, porém, numa melhor observação percebe-se que a ilicitude da contestação é retirada, tendo em vista que se trata de um exercício de cidadania.

Enquanto o titular da elaboração das leis é o Estado, que detêm o monopólio jurídico, o titular do Poder do Estado é o povo, como define o parágrafo único do artigo 1º da CF/88.

Não há suficientes meios de participação dos cidadãos na elaboração das leis e no seu controle de constitucionalidade. Portanto não se pode dizer que toda lei, por ter sido elaborada por uma autoridade eleita de forma legítima, possui legitimidade.

A obediência à lei é necessária para a segurança jurídica e para a garantia de ordem social, contudo somente a lei legítima pode reclamar obediência.

Nesse sentido conclui-se que obediência à legítima lei não é o mesmo que servidão ao totalitarismo estatal. Contudo, observa-se uma paralisação da crítica social firmada na apatia à política, fazendo com que o cidadão deixe de questionar as regras lhe impostas.

Essa paralisação da crítica, que gera uma servidão voluntária, se opera por meio da racionalidade tecnológica, onde o ser humano passa a ser desindividualizados, havendo uma homogeneidade objetivada e gerando uma sociedade sem oposição efetiva. A lei, como instrumento racional, passa a ser construída a partir de uma pseudo racionalidade.

A mídia também influencia na “paralisa crítica”, vez que a democracia vem se tornando um jogo de disputa de propagandas e marketing. Apesar da aparente apatia à política e da diminuição da crítica percebe-se uma perda de prestígio das leis, por serem essas construídas em por um Estado visto como corrupto, totalitário, ou simplesmente despreparado.

O abandono à servidão, resultando num sistema legítimo, exige um direito mais dinâmico e menos burocrático, que acompanhe a dialética histórica, sem pretensão normalizadora.

A desobediência civil é um mecanismo viável de participação cidadã, capaz de demonstrar as mudanças necessárias a serem feitas nas normas. É uma forma de negação da servidão voluntária.

Pode-se afirmar, contudo que, os mesmos mecanismos ideológicos que se percebem na servidão voluntária constituem obstáculos à desobediência civil, fazendo com que os contestadores sociais sejam vistos como perigosos, desordeiros e criminosos.

O exercício do direito de desobediência civil harmoniza-se com outros direitos constitucionais, como o direito de petição ao poder público, o direito de reunião e os remédios constitucionais.

O Direito não se restringe às normas, consiste também em fato e valor. Pode ser um instrumento de normalização bem como um instrumento para o bem estar social, para tanto precisa ser dinâmico e flexível.

Não se trata de dizer que o direito é opressor, mas admite-se que este pode oprimir e normalizar, e isso ocorrendo tem o povo, titular do poder do Estado, o direito de resistir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: Introdução à Filosofia*. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2003.

ARENDT, Hannah. *Crises da República*. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2007.

_____. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. *Tempo de Transcendência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia política*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Curso de filosofia do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BUZANELLO, José Carlos. *Em torno da constituição do direito de resistência*. In: www.ambito-juridico.com.br (acessado em 10 de março de 2009).

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.

CLASTRE, Pierre. *Liberdade, mau encontro, inominável*. In: Étienne de La Boétie. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

CONIC. *Cultura de paz: guia para a transformação social*. São Paulo: 2005.

COSTA, Nelson Nery. *Teoria e realidade da desobediência civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CRUZ, Maria Luiza Pova. *Separação, divórcio e inventário por via administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Ray, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ENGELHARDT, H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2004.

FARIA, José Eduardo. *Legalidade e Legitimidade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

FREIRE, Paulo. *Educação como prática de liberdade*. 19. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2006.
- FONSECA, Márcio Alves. *Michel Foucault e a constituição do sujeito*. São Paulo: Educ, 1995.
- _____. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísicas do poder*. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.
- _____. *Ditos e escritos II: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____. *Vigiar e punir*. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.
- GARCIA, Maria. *Desobediência Civil: Direito Fundamental*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção Os Pensadores).
- _____. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- HOBBS, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1992.
- LAFER, Celso. *Prefácio*. In: FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo: Abril Cultural, 1999. (Os Pensadores)
- LORENZ, Konrad. *A demolição do homem*. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17.ed. São Paulo: Brasiliense, 2007 (primeiros passos).
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- MARCUSE, Herbert. *A ideologia da Sociedade industrial. O homem unidimensional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESTER, Carlos. Parteiros: a coragem de desobedecer as leis injustas. In: *Olhar no espelho da vida*. 8. ed. São Leopoldo: CEBI, 2003. Séria A palavra na vida, n. 65/66.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1987.

MORENO, J. L. Psicodrama. São Paulo: cultrix, 2008.

TAVARES, Geovani de Oliveira. *Desobediência civil e direito político de resistência*. São Paulo: EDICAMP, 2003.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

PAUPÉRIO, Artur Machado. *O direito político de resistência*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *Teoria geral do estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

RAMOS FILHO, Wilson. *O fim do poder normativo e a arbitragem*. São Paulo: LTr, 1999.

REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

ROUSSEAU, J. J. *Discurso sobre as ciências e as artes e sobre a origem da desigualdade*. São Paulo: Atena, 2007.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT, 2003.

SUESS, Paulo. *Política e culturas*. In: Agenda Latino-americana mundial, 2008.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: RT, 1989.

THOREAU, Henry-David. *Desobediência civil*. Escritos selecionados sobre a natureza e a liberdade. São Paulo: Ibrasa, 1964.