

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
- CAMPUS DE SANTO ÂNGELO -
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO

O DIREITO FUNDAMENTAL DE RESISTÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL
DE 1988

JOEL SAUERESSIG

Santo Ângelo

2008

JOEL SAUERESSIG

**O DIREITO FUNDAMENTAL DE RESISTÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL
DE 1988**

Dissertação de Mestrado em Direito para a obtenção do título de Mestre em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – *Campus* de Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vanderlei Vargas Groff

Santo Ângelo

2008

JOEL SAUERESSIG

**O DIREITO FUNDAMENTAL DE RESISTÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL
DE 1988**

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - *Campus* de Santo Ângelo – como parte dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa II – Cidadania e Novas Formas de Soluções de Conflitos.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Vanderlei Vargas Groff
Orientador

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo
Examinador

Prof. Dr. Alfredo Santiago Culleton
Examinador

Santo Ângelo, 17 de dezembro de 2008.

À pequena Isabela, significado de vida e motivo de luta e persistência.

Eu não podia senão sorrir ao ver quão diligentemente fechavam a porta às minhas meditações, que os perseguiram totalmente desimpedidas, e eles é que eram, na verdade, tudo de perigoso. Como não podiam alcançar-me, resolveram punir meu corpo; como meninos que, não conseguindo atacar alguém que odeiam, maltratam-lhe o cão. Vi que o Estado era irresponsável, tímido como uma mulher solitária com suas colheres de prata, e que não sabia distinguir seus amigos de seus inimigos, e perdi o resto de respeito que ainda nutria por ele, e tive pena dele.

Henry David Thoreau

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar o direito de resistência. Inicialmente, é apresentada sua origem histórica, perpassando por textos antigos e pela sua conceituação religiosa. Sua importância inicial igualmente é destacada através do Contratualismo onde foi abordado por diferentes ângulos e por diversos autores. A partir de então, se firmou nas primeiras declarações de direitos e Constituições do período liberal. O direito de resistência desta era constitucional é resgatado junto com o surgimento dos direitos fundamentais, que comparativamente à proposta central do trabalho acabam por ser analisados. O direito de resistência é também abordado no constitucionalismo comparado, onde acaba por se destacar como um mecanismo de garantia das liberdades explícito e implícito frente à conduta opressiva do Estado. A análise do direito de resistência na Constituição Federal de 1988 acaba por se revelar como a principal abordagem, mesclando sua fundamentação antiga junto aos elementos históricos e teóricos propostos no início do trabalho. Da mesma forma, os princípios constitucionais garantidores de uma interpretação implícita do direito de resistência, bem como a fundamentação explícita deste direito e sua receptividade jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal se colocam como de grande importância dentro da ordem constitucional brasileira. Ao final, se faz uma tentativa de apresentar o direito de resistência expresso através de uma proposta de emenda à Constituição Federal de 1988, objetivando que este direito não se mostre como esquecido nas bases do direito natural. O presente trabalho, por fim, acaba por se concentrar em um resgate da democracia e da cidadania, uma proposta que acaba por se estabelecer como o próprio direito de resistência, ou seja, de luta frente à opressão estatal.

Palavras-chave:

direito de resistência - direitos fundamentais – constituição

ABSTRACT

This work aims to approach resistance to authority. Initially it is presented its historic origin, passing by old texts and religious conception. Its initial importance is as well put into evidence through Contractualism where it was studied taking into account different thoughts by several authors. After this it found its way based on the first declarations of rights and on the Constitution of the liberal period. The resistance to authority of this constitutional era is redeemed along with the rising of fundamental rights which, comparatively to the central proposal of this work, are then analyzed. The resistance to authority is also approached in the compared constitutionalism, where it is evidenced as a guarantee mechanism of the explicit and implicit liberties face the State oppressive behavior. The analysis of the resistance to authority in the Federal Constitution of 1988 ends being considered the main approach, mixing its old fundamentals with historic and theoretical elements proposed at the beginning of the work. The same way, the constitutional principles which guarantee an implicit interpretation of the resistance to authority, as well as the explicit fundamentals of this authority and its acceptance by the Supreme Court are of great importance within the Brazilian constitutional order. At last, it is attempted to present the resistance to authority expressed through the proposal of an amendment to the Federal Constitution of 1988, aiming that this law do not become forgotten on the basis of the natural laws. This work also concentrates in an attempt to redeem democracy and citizenship, a proposal that may be established as the own resistance to authority, that is, of battle against state oppression.

Keywords:

resistance to authority - fundamental rights - constitution

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	09
1 APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE O DIREITO DE RESISTÊNCIA.....	12
1.1 A RESISTÊNCIA ANTIGA.....	12
1.1.1 Primeiros fragmentos da resistência.....	13
1.1.2 O tiranicídio.....	15
1.1.3 Resistência <i>versus</i> espaço público.....	18
1.2 A RESISTÊNCIA RELIGIOSA.....	22
1.3 A RESISTÊNCIA E O CONTRATUALISMO.....	25
1.3.1 A resistência e o estado de natureza.....	26
1.3.2 A resistência como forma de combate à usurpação e à tirania.....	30
1.3.3 A resistência e a vontade geral.....	34
1.3.4 O imperativo da resistência.....	36
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DE RESISTÊNCIA.....	42
2.1 O NASCIMENTO DO ESTADO LIBERAL ATRAVÉS DO DIREITO À REVOLUÇÃO.....	43
2.1.1 O direito à revolução.....	43
2.1.2 O Estado Liberal.....	47
2.2 A ERA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	52
2.2.1 A paternidade histórica dos direitos fundamentais.....	55
2.2.2 As dimensões dos direitos fundamentais.....	57
2.2.3 Alguns problemas contemporâneos dos direitos fundamentais.....	61
2.2.4 Direitos formalmente e materialmente fundamentais.....	63

2.3 O DIREITO DE RESISTÊNCIA EM ALGUMAS CONSTITUIÇÕES E NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM.....	65
2.3.1 O direito de resistência no constitucionalismo americano.....	66
2.3.2 O direito de resistência no constitucionalismo francês.....	67
2.3.3 O direito de resistência no constitucionalismo alemão.....	69
2.3.4 O direito de resistência no constitucionalismo português.....	70
2.3.5 O direito (e dever) de resistência na Declaração Universal dos Direitos do Homem.....	71
3 O DIREITO DE RESISTÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	74
3.1 A MATRIZ ABERTA DO DIREITO DE RESISTÊNCIA.....	75
3.1.1 A Constituição aberta.....	75
3.1.2 A força normativa da Constituição.....	78
3.1.3 A interpretação pluralista da Constituição.....	81
3.1.4 O § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.....	83
3.1.5 A desobediência civil.....	86
3.1.5.1 Características e classificação da desobediência civil.....	89
3.1.6 A desobediência civil no Brasil.....	90
3.2 A MATRIZ FECHADA DO DIREITO DE RESISTÊNCIA.....	93
3.2.1 A objeção por motivo de consciência.....	94
3.2.2 A greve.....	97
3.2.3 Instrumentos constitucionais processuais.....	98
3.2.4 A resistência ilícita.....	99
3.3 UMA PROPOSTA PARA O DIREITO DE RESISTÊNCIA.....	101
3.3.1 Constituição “cidadã”?.....	102
3.3.2 O direito de resistência na ANC.....	104
3.3.3 A necessidade de um dispositivo expreso para o direito de resistência.....	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	111
REFERÊNCIAS.....	115

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A temática a ser abordada neste trabalho tem por objetivo tratar de um direito que ficou esquecido no tempo e que perfeitamente se solidariza com a idéia democrática de Constituição que no Brasil ainda não se perfectibilizou. Relegado à herança dos direitos fundamentais do século XVIII, o direito de resistência se afastou da sua origem de direito natural pelo esquecimento dos legisladores constitucionais que preferiram lhe atribuir significados explícitos e implícitos na ordem constitucional positiva. No entanto, este direito ainda tem por característica sua essência, qual seja o significado da liberdade dos povos que possuem soberania e que não estão dispostos a se submeter ao *príncipe* sempre com o dever de obediência.

O direito de resistência acaba por ser abordado nesta dissertação sob um tríplice aspecto: a resistência à opressão, o direito à revolução e a oposição à lei injusta.

A resistência, inicialmente, se caracteriza como não vinculada com a idéia de direito institucionalizado. A revolução, por sua vez, acaba por surgir como um caminho que proporcionou e ainda pode proporcionar alterações na sociedade que deixa de tolerar o absolutismo monárquico como governo. E, finalmente, a oposição às leis injustas resta por surgir como uma forma de repúdio ao Poder Legislativo e ao papel jurídico do Estado.

Todas estas características geraram meios de se combater a injustiça. Do direito de resistência emana, principiologicamente e através de suas espécies normativas, modalidades reconhecidas pela Constituição Federal de 1988, pela jurisprudência brasileira e pela doutrina pátria.

O direito de resistência ocupa o espaço mais honroso que um direito pode ocupar em um universo constitucional. Dele é que deriva a mudança, a contraposição e o corte epistemológico, o conflito e a luta, a revolução e a mudança

de paradigma. Dele é que emana a liberdade autêntica de um cidadão dentro do universo das liberdades que lhe é imposto.

O direito de resistência é uma questão de liberdade. Mais do que isso. É uma questão de exercício institucionalizado da liberdade. Na sociedade pacífica em que se vive, sob o manto da legalidade e da legitimidade, o exercício das liberdades constitucionais muitas vezes é esquecido na letra morta da lei, na obscuridade da interpretação distorcida da Constituição.

A problematização do presente trabalho se situa de maneira a entender como o direito de resistência pode ser compreendido como um direito humano e fundamental. Para isso se faz necessário construir uma análise de sua trajetória histórica, bem como seu nascimento junto com as bases constitucionais liberais. E, ao final, sua inserção na Constituição Federal de 1988 é debatida de forma a proporcionar um resgate de sua origem como direito de primeira dimensão.

O primeiro capítulo apresenta uma visão primitiva da resistência, que é analisada com o intuito de fornecer as bases que mais tarde condicionariam esta luta frente aos governos tirânicos e usurpadores e suas leis injustas. Desde as codificações mais antigas a resistência já se fazia presente como uma forma de autodefesa do indivíduo que se considerasse traído por quem exercesse o poder.

Nesta fase, as bases da resistência analisadas acabam por se confundir quase que na totalidade com a idéia de tiranicídio, que consistia no afastamento do governante do poder através da força. Esta análise tem igualmente como foco perpassar pelo conceito de divinização dos governos.

Ao final do primeiro capítulo, quando se tem como objetivo tratar do período denominado de Contratualismo, a resistência passa a ser considerada como um suporte de construção de uma base jus filosófica para se explicar a relação entre governantes e governados com o nascimento do contrato.

No segundo capítulo, é analisado o nascimento dos chamados direitos fundamentais. Confirmados através do exercício do direito à revolução que irrompeu com o paradigma do absolutismo europeu gerando as chamadas declarações de direitos na Europa e nos Estados Unidos, os direitos fundamentais se solidificaram com o intuito de sacramentar as idéias trazidas das bases contratualistas, reformulando toda uma noção de direitos, derivando no Estado Liberal que contribuiria definitivamente com as bases constitucionais contemporâneas.

Os direitos fundamentais são analisados de forma a compreender sua positivação como uma grande transformação e, ao mesmo tempo, como portadores de problemas que justificam a terceira abordagem do presente trabalho, qual seja, a não contemplação expressa do direito de resistência na Constituição Federal de 1988.

Ainda, neste segundo capítulo, alguns textos constitucionais que seguiram íntima ligação com as declarações de direitos são analisados por recepcionarem o direito de resistência, como mais uma forma de se justificar que sua presença expressa na contemporaneidade não seria nenhum retrocesso às bases do direito natural, mas sim a confirmação da democracia e o direito de resistência como mais uma ferramenta da cidadania.

Finalmente, no terceiro capítulo, o estudo do direito de resistência tem por objetivo adentrar o campo do direito constitucional brasileiro, com a leitura da Constituição Federal de 1988 de forma aberta e, paralelamente, como uma ordem fechada. Ao considerar a Constituição Federal de 1988 como um texto que recepciona o direito de resistência, a fundamentação deste direito não acaba por encontrar nenhum obstáculo para sua concretização no Estado Democrático de Direito brasileiro. Isto se faz justificar, uma vez que o dispositivo que permite a inclusão do direito de resistência é amparado, também, por força de princípios insculpidos na Constituição e através de princípios da doutrina constitucional.

Desta análise constitucional, faz surgir com propriedade a necessária retomada de uma proposta para o direito de resistência expresso dentro da ordem constitucional brasileira vigente, alocado no seu lugar de origem dentro do catálogo de direitos e garantias individuais.

Assim, o trabalho foi desenvolvido como uma análise integrada de diversos momentos da história do direito, desde concepções antigas e medievais, até o nascimento dos direitos fundamentais, que foi indiscutivelmente a grande transformação pela qual passou o Estado e a sociedade e as principais garantias que destas mudanças emergiram.

A presença e ao mesmo tempo a paradoxal ausência do direito de resistência à opressão na Constituição Federal de 1988 é, portanto, um tema de relevância jurídica para o estudo do direito constitucional que não pode ser negado, e merecedor de atenção especial quando se trata do contrato entre governantes e governados.

1 APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE O DIREITO DE RESISTÊNCIA

A resistência, inicialmente, era exercida como uma forma de oposição aos governos opressores, podendo ser encontrada em fragmentos de códigos antigos, textos bíblicos e no chamado tiranicídio, que foi, dentre estas manifestações iniciais da resistência, a forma mais exponencial de oposição aos governos.

No que se quer abordar inicialmente e de forma abreviada, são as raízes que fortaleceram a existência atual de um direito de resistência, conjugando os já citados elementos de ordem histórica com a interpretação clássica da lei na Grécia Antiga. Isto acaba por perpassar igualmente a Reforma Protestante e a herança que ela deixou para o direito de resistência, até o surgimento de um movimento que modificaria para sempre o pensamento jus filosófico, que foi o Contratualismo.

1.4 A RESISTÊNCIA ANTIGA

A abordagem do direito de resistência na Antiguidade induz a uma leitura nada institucionalizada da temática. A resistência, nesta fase, surge como um mecanismo de defesa do indivíduo que se refugia em qualquer forma de oposição a quem governa. Nem mesmo é possível transitar em um conceito definido de Estado, elemento irreprensivelmente condicionado à discussão do tema.

Nesta fase a resistência se insere em uma espécie de legítima defesa pelo seu exercício devido às formas pela qual passou a ser praticada em face de dominações autoritárias.

Neste viés, também não se pode delimitar o que é Antigo por uma linha temporal uniforme e estanque, mas conceituar a resistência como maneira do agir contrário, em qualquer direção, às formas de opressão da época.

Estes parâmetros se fazem importantes na medida em que resgatam a natureza anti-opressora do ser humano. Pois são nestas manifestações que emerge a vontade de um ser liberto, disposto a se proclamar, justificando o direito de resistência como resultado destas lutas que invariavelmente tiveram sua natureza inicial como uma busca pelo exercício da liberdade individual.

1.1.1 Primeiros fragmentos da resistência

O homem se debateu por muitos anos sobre quem seria a autoridade que deveria respeitar. As múltiplas crenças que eram construídas longe da materialidade do ser humano e de seu racionalismo se debatiam em torno de figuras de poder mitológicas e imaginárias.¹ Esta fase do exercício do poder soberano pode ser chamada como a “doutrina da natureza divina dos governantes”.² Bonavides expõe:

A mais exagerada e rigorosa dessas doutrinas é a que faz dos governantes deuses vivos, reconhecendo-lhes atributos e caráter de divindade. Os monarcas como titulares do poder soberano são seres divinos, objeto de culto e veneração. A história anda cheia de exemplos de reis que fielmente professavam essa doutrina e se reputavam divindades, como os faraós do Egito, os imperadores romanos, os príncipes orientais [...].³

Esta divinização do governante impedia a construção de um arquétipo de leis calcadas no racionalismo do homem. Exemplo disso é o que já se fazia constar em obras legislativas como o Código de Hamurabi. Um dos compêndios de leis mais antigos que se tem conhecimento, com fragmentos de cerca de 2.000 anos A.C.. No código derivado de antigas leis semitas e sumerianas, oriundo do Império Babilônico que se caracterizou como um Estado despótico e centralizado, havia a previsão da resistência, pois, segundo o texto, o governado não poderia ter certeza da trajetória do seu governante.⁴ O texto trazia a previsão de castigo ao governante

¹Para ilustrar, na antiga Mesopotâmia, Anu era o deus do céu e Enil o deus da tempestade. E o universo se constituía no Estado governado por ambos. LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 20.

² BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 128.

³ Idem, ibidem.

⁴ Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos: (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas. Bauru: EDIPRO, 1994, p. 09.

que desrespeitasse os mandamentos e as leis da época. A condenação ao excesso de tirania consistia em uma rebelião que fosse incapaz de dominar.⁵

Nestes textos antigos, já tomando como exemplo o período bíblico do Velho Testamento, é possível de se visualizar outras passagens que ilustram esta fase da resistência. As idéias de libertação de um povo uma vez que aprisionados na esfera do poder tirânico e opressor, se fazem presentes. Santos exemplifica:

E, se insuportável é o excesso de tirania, pareceu, a certos, competir ao valor dos homens fortes matar o tirano, e exporem-se aos perigos da morte pela libertação do povo, coisa de que há exemplo até no Velho Testamento, pois certo Aiot tornou-se juiz do povo por ter matado, com uma punhalada na coxa, a Eglão, rei de Moab, que oprimia o povo com pesada escravidão.⁶

O pensamento filosófico da resistência como uma qualidade intrínseca do ser humano é originária de vários períodos, por não dizer, de toda a história da humanidade como um conjunto sistêmico. Estas manifestações são atitudes que exprimem a inconformidade latente do indivíduo que se mostra incapaz de ser controlado por uma força centralizada opressora ou em desconformidade com o conceito proporcionalmente temporal de justiça. A injustiça quando explícita torna também explícita a resistência, mesmo que se trabalhe com uma idéia de governo “divino”.

Como no texto citado, não era exagero assassinar o governante. Era motivo de glória e libertação. O assassino Aiot se tornou “juiz do povo”, ou seja, aplicou a justiça severa ao governante que escravizava o seu povo. De assassino ele passou a libertador.

A própria história de Jesus Cristo, para os crentes na sua existência, o qual exerceu uma liderança que acabou por fundamentar todo o Cristianismo, foi marcada pela estratégia de resistência ao governo da época. Seu declínio também foi uma forma de exercício do direito de resistência, pois o povo, exercendo sua titularidade soberana, foi quem o condenou à morte.⁷

⁵ PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Teoria democrática da resistência*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 28.

⁶ SANTOS, Arlindo Veiga dos. *Filosofia política de Santo Tomás de Aquino*. São Paulo: José Bushatsky, 1954, p. 69.

⁷ O governador Pilatos questionou o povo sobre quem deveria morrer crucificado: “Qual dos dois quereis que eu vos solte?” Responderam: ‘Barrabás!’. Pilatos perguntou: ‘Que farei então de Jesus, que é chamado o Cristo?’ Todos responderam: ‘Seja crucificado!’”. BÍBLIA. Evangelho de São Mateus. Jesus diante de Pilatos. 27, 21-22. Português. Bíblia Sagrada. São Paulo: Ave-Maria, 1994.

No tocante a estas primeiras manifestações relativas ao direito de resistência, o que se faz perceber é a ausência de um aporte teórico. No entanto, é que mesmo em uma sociedade de dominação não institucionalizada ao contrário do que se tem no presente, a resistência já se mostrava como um ato de liberdade. Paupério sintetiza estas primeiras manifestações de resistência:

A tirania do Poder, em vez de ser ato de autoridade, é abuso ou ato de força, traduzindo-se, por isso, em violação do direito e da justiça. Assim sendo, a resistência e essa tirania não o é à autoridade mas simplesmente à própria injustiça, razão pela qual é plenamente lícita.⁸

Nas primeiras manifestações ilustradas, a resistência é uma forma de legítima defesa, uma justificativa mais do que fundamentada para exercer força contra a força desordenada de quem está no poder, e que ampliada para um conceito autônomo, surge como denominada de tiranicídio, que é o que se passa a analisar.

1.1.2 O tiranicídio

Já estabelecido que a remoção do poder do governante se consistia em uma prática dos povos antigos, o instituto chamado de tiranicídio⁹ foi prática muito comum e dominou por um longo tempo o sinônimo de desobediência e resistência aos governos tirânicos. Buzanello acrescenta: “O direito de resistência até o medievo, nesse período histórico, vai confundir-se com a noção de tiranicídio, enquanto direito do povo de afastar o tirano pela morte, aliado a uma rebelião armada”.¹⁰

O tiranicídio consistiu em uma prática desvinculada de um ato jurídico por séculos, principalmente na Europa. Não se tratava de cuidar do tiranicídio em si como forma de resistência, mas sim considerar a tirania como uma grave ameaça ao povo, o que tornava lícita a morte do tirano por qualquer pessoa.¹¹

⁸ PAUPÉRIO, op.cit., p. 08.

⁹ O tiranicídio visava combater as duas espécies de tirania: a tirania de origem ou quanto ao título, ou seja, que o governo seja instituído pela força, não respeitando a escolha da comunidade; e, a tirania quanto ao uso do poder ou quanto ao regime, que se caracteriza pela prática de atos do poder que não visam o bem comum. Idem, p. 16.

¹⁰ BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 03.

¹¹ Os registros da prática do tiranicídio vão desde a obra de Confúcio até o período liberal, restando na Declaração Francesa de 1793: “Todo indivíduo que usurpa a soberania seja no mesmo instante morto pelos homens livres”. PAUPÉRIO, op. cit., p. 121-130.

Na Roma Antiga, o povo acabou por expulsar Tarquínio (560-509 A.C.) e depois proclamar a República. A prática da retirada do governante do poder foi reconhecida e aceita mais tarde, tornando lícita e justificável a morte do tirano, se caracterizando em uma espécie de, por assim dizer, legítima defesa do povo, como já pontuado.¹²

Santo Tomás de Aquino¹³ fez uma leitura do tiranicídio, procurando em sua doutrina filosófica e política, diferenciar três tipos de leis para o bem comum, voltadas à comunidade: a lei natural, comum a todos os homens; a lei humana ou positiva, estabelecida pelos homens com base na lei natural; e, a lei divina, que guia cada homem para a consecução do seu sobrenatural. Desta interpretação da leitura da filosofia tomista, se extrai que toda a autoridade deriva de Deus, pressupondo que a autoridade estatal deva ser bondosa e que o seu inverso, a tirania, deva ser combatida, inclusive com a morte, estabelecendo, assim, limites para a atuação do Estado.¹⁴

A filosofia tomista¹⁵ consagrou a máxima de que “o reino não existe para o rei, mas o rei para o reino”, o que, em uma visão contemporânea, seria traduzida no sentido de que “o Estado não existe para o governante, mas o governante para o Estado”.

Isto confirma a idéia de Santo Tomás onde se aceite e consagre a monarquia como forma legítima de governo, explicitando, desde já, que esta não é sinônimo de tirania. O debate da doutrina tomista não se apóia sobre as formas de governo ou sua representatividade, mas sim claramente sobre como o governo pode exercer o poder sobre os seus governados.

A destituição de um tirano, seja pela expulsão ou pela morte¹⁶, o mencionado tiranicídio, é a destituição do poder. O poder é a força unificadora do controle de um determinado Estado a que os governados devem obediência, seja ele exercido em qualquer tempo. A capacidade de retirar um governante tirano, à

¹² BUZANELLO, op. cit., p. 05.

¹³ Adota-se aqui o nome de Santo Tomás de Aquino, muito embora alguns autores como José Carlos Buzanello utilize São Tomás de Aquino.

¹⁴ SCIACCA, Michele Federico. *História da filosofia: Antiguidade e Idade Média*. Vol.I. São Paulo: Mestre Jou, 1962, p. 228.

¹⁵ Santo Tomás de Aquino desenvolveu seu pensamento no século XIII, onde a figura de cidadão não existia. O que existiam eram os súditos que obedeciam ao rei, à Igreja e a Deus. SANTOS, Ivanaldo. *Tomás de Aquino e o direito à resistência contra o governante*. Ágora Filosófica. Recife, Ano 1, v. 1, p. 03, jul.-dez. 2007. Disponível em: www.unicap.br/revistas/agora/arquivo/artigo%203.pdf. Acesso em: 11 nov. 2008.

¹⁶ Idem, ibidem.

primeira vista, surte como a solução imediata para os problemas do Estado. No entanto, a ramificação da tirania, uma vez destituído o governante, permanece sem mudanças. Buzanello acrescenta que esta foi uma advertência de Santo Tomás:

O tiranicídio, nos tempos modernos, entra em declínio devido a outras formas de resistência e também pela advertência de São Tomás de que não adianta matar o tirano se a estrutura da tirania continua com outras pessoas.¹⁷

A idéia que emerge da resistência antiga é que o mero propósito de destituir a pessoa do governante por si só bastava para realizar os desejos de transformação do povo que se insurgia contra o seu governante. Não são trabalhados conceitos de desconstituição da base na qual estava fundado o governo opressor.

Há exemplos de destituição por meio do tiranicídio ao longo da História. E muitas destas investidas em face do governante se deram por meios ardilosos, perfeitamente concebíveis por doutrinadores como Juan de Mariana¹⁸ e Santo Agostinho, onde a figura do governante é que concentrava toda a estrutura do Estado que governava.

Nesta fase, o conflito entre obediência e resistência reflete apenas no plano individual do governante e da massa governada, ou seja, na esfera de disputa pelo poder formal¹⁹ que é o resultado de uma busca pela paz, mesmo que esta paz venha revestida da destituição do governante através do tiranicídio.

No entanto, o tiranicídio não se fecha como um conceito capaz de traduzir o significado da resistência dentro de uma escala de leis hierarquizadas, como bem esclarece Buzanello:

As primeiras expressões, como o tiranicídio (o legítimo direito de matar o tirano) ou a resistência à opressão, não formulam, na plenitude, um conceito histórico-universal do direito de resistência moderno porque, em parte, são exatas e, em parte, são limitadas quanto à idéia que pretendem transmitir acerca da realidade constitucional. Mas esses conceitos de resistência têm em comum a estratégia de confrontar a atitude injusta do tirano e também de limitar a extensão do Estado contra o indivíduo.²⁰

¹⁷ BUZANELLO, op. cit., p. 07.

¹⁸ Após o assassinato de Henrique VIII por um jovem jesuíta de nome José Clemente, exclamou o defensor do tiranicídio, Juan de Mariana: "Admirável valor de ânimo, memorável façanha!". PAUPÉRIO, op. cit., p. 131-139.

¹⁹ AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa - Omega, 1990, p. 56.

²⁰ BUZANELLO, op. cit., p. 10.

Portanto, estas primeiras manifestações acerca da resistência são incapazes de se mostrarem como ideais constitucionais. Principalmente pelo fato de que o cidadão à época se apresentava como súdito e o governante como rei, e o Estado não estava amparado por um modelo institucionalizado de legislação.

Em que pese a resistência possuir grande aporte doutrinário como legítima defesa do povo na forma do tiranicídio, o apoio total a sua idéia encontra na Grécia Antiga um contraponto, que se reveste no princípio de preservação do espaço público, como bem se irá demonstrar a seguir.

1.1.3 Resistência *versus* espaço público

A resistência no período denominado como Antiguidade, não pode ser reconhecida como uma tendência unânime de pensamento. Exemplo disso é a Grécia que com pensadores como Aristóteles, que em sua célebre obra *A Política* questionava a questão de como deveria ser exercido o poder soberano:

1. Mas qual será o soberano do Estado? Esta é uma questão difícil de resolver. Porque há de ser a multidão, os ricos ou os homens famosos por seu talento e virtude, ou apenas um homem que será o mais virtuoso de todos, ou ainda um tirano?²¹

Além da reflexão sobre o perfil do governante, Aristóteles ainda contempla idéias de como a tirania poderia ser usada contra o povo a favor do controle do Estado:

4. Também é preciso compelir os cidadãos a se caluniarem mutuamente, prender os seus amigos, irritar o povo contra os homens poderosos, excitar os ricos entre si. Um outro recurso da tirania é empobrecer os súditos para que a guarda nada custe a ser alimentada, e os cidadãos, obrigados a trabalhar e viver pensando só no dia presente, não tenham tempo de conspirar.²²

A síntese da obra de Aristóteles engloba inúmeros fatores que estão unidos na questão do poder e do modo que ele é exercido. O questionamento, feito através de exemplos, como o do Egito que teve um governo tirânico que obrigou o povo a construir as pirâmides²³, induz a uma análise do Estado e suas estruturas.

²¹ ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Escala, 2007, p. 91.

²² Idem, p. 255.

²³ Idem, *Ibidem*.

Isto coloca, obviamente, o cidadão na posição de escravo, o que serviu de influência à filosofia tomista.

O pensamento de Aristóteles concebia a tirania como, certo modo, necessária, muito embora a Grécia tenha desenvolvido a lei do ostracismo, que punia os tiranos com o desterro, a expulsão do poder. Igualmente, em Creta, a resistência era exercida de forma a diminuir o governante a uma pessoa privada.²⁴

Mas no que se quer salientar aqui, é que no pensamento grego, a questão da resistência faz um contraponto à questão da resistência no que tange à preservação da ordem pública. Araújo esclarece:

O pensamento político da Idade Antiga, sobretudo no modelo do Estado-cidade grego, tem como ponto central a preservação da ordem pública, como o bem maior a ser resguardado pela sociedade, não dispensando maiores discussões sobre o problema da resistência.²⁵

Muito embora no modelo Estado-cidade grego mencionado o que se vê como prevalecente seja a manutenção da paz pública, em uma referência direta ao dever de obediência às leis, a obra *Antígona*, de Sófocles, soa como uma dicotomia a esta cultura de preservação do espaço de todos e também como uma narrativa que se tornou um expoente do direito natural.

Sófocles narrou a insurgência de Antígona contra as determinações do governante Creonte e seu tio. Ambos haviam proibido o sepultamento de Polinices, irmão de Antígona. Ele havia morrido em combate ao lado de outro irmão na disputa pelo trono de Tebas.²⁶

Por trás da obra está o enfrentamento entre leis escritas e leis não escritas, ou do pressuposto inafastável de preservação da ordem e o enfrentamento ao governo. Paupério descreve a simbologia jurídica em torno da obra de Sófocles:

No diálogo preliminar travado entre *Ismênia* e *Antígona*, símbolos respectivamente, da obediência e da resistência, ou melhor, da tirania e da razão, coloca-se, diante uma da outra a iniquidade de *Creonte* e a justiça eterna. A lei, odiosa, impede sepultura a *Polinices* mas o direito natural, na sua elevada acepção de respeito à morte, vence a batalha. Insurrecta,

²⁴ PAUPÉRIO, op. cit., p. 29.

²⁵ ARAÚJO, op. cit., p. 38.

²⁶ A lei natural, elevada à lei superior às leis dos homens no conto de Sófocles, consagra a supremacia do direito natural sobre as leis religiosas ou simbolistas de um poder maior. O direito das famílias de enterrarem seus mortos surge como superior às ordens terrenas emanadas de Creonte. O jus naturalismo ou a doutrina do direito natural prevaleceu como a tentativa de se explicar o Direito até o século XVIII. BEDIN, Gilmar Antonio. Direito natural. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006, p. 240.

Antígona põe por terra a inércia obediente de *Ismênia*. Suplicando perdão aos mortos, obedece esta aos que detêm o poder. Aquela, porém, prefere ficar com as ordens mais altas dos deuses, inacessíveis a maldade humana.²⁷

O conto reflete o conteúdo moral em torno da obediência e da resistência, termos que praticamente encerram uma síntese em torno da idéia de lei. No caso da obra de Sófocles, no enfrentamento das leis escritas e das leis não escritas, estariam estas últimas acima de quaisquer outras. Antígona desafiou as leis de Creonte que proibiam o sepultamento de seu irmão, em um ato de resistência. Araújo transcreve: “Creonte -.... E agora tu dize-me, sem demora, em poucas palavras: sabias que fora proclamado um édito que proibia tal ação? Antígona – Sabia. Como não havia de sabê-lo? Era público. [...]”²⁸

Nesta narrativa, a obediência à lei foi quebrada. A resistência, ao contrário da conclusão literal óbvia de seu significado, neste momento demonstrou ser a verdadeira lei, o comando legítimo a ser seguido.

Ao contrário, reforçando o paradigma de respeito à ordem pública, merece destaque no período grego da Antiguidade, a condenação de Sócrates à sentença de morte em 399 A.C.. Os 501 cidadãos de bem, com mais de trinta anos, a serviço do sistema acusatório eram o júri. O sistema ateniense era desprovido de promotores e advogados e praticamente não existia força policial.²⁹

Sócrates, condenado, não resistiu. Ao contrário, se tornou aliado de Ismênia. Ao explicar o porquê do dever de obediência às leis e, conseqüentemente, de morrer através delas, interrogado por Critão acerca de sua condenação – o personagem de Platão na obra de mesmo nome também intitulada como *O Dever* -, sai em defesa das leis de Atenas. E defende que a legislação é o resultado de um exercício democrático, devendo cada cidadão respeitá-las, por ser esta a melhor conduta. Araújo transcreve: “É impiedade usar de violência contra a mãe e o pai, mais ainda muito pior contra a pátria do que contra eles. Que responderei a isso, Critão? Que as leis dizem a verdade, ou que não? ”³⁰

Sócrates deu às leis uma forma viva, uma espécie de representação da vontade da sociedade daqueles tempos. Tudo a favor da já reiterada ordem pública

²⁷ PAUPÉRIO, op. cit., p. 29.

²⁸ ARAÚJO, op. cit., p. 39.

²⁹ FINLEY, Moses. *Aspectos da Antiguidade*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 69.

³⁰ ARAÚJO, op. cit., p. 38.

que prevalecia em contraponto à resistência. Adomeit traz o questionamento formado a partir da dicotomia obediência-desobediência:

[...] se no momento que quiséssemos fugir daqui – ou seja lá como devemos chamar isso – as leis viessem e, a coletividade desta cidade, impedindo-nos o caminho, nos perguntassem: Diga-me Sócrates, que tens em mente? Não é assim que através deste ato, que estás a praticar, pensas em provocar o nosso declínio assim como de todo o Estado, vales tanto? Ou poder imaginar que um Estado ainda subsista e não decaia totalmente na desordem, a medida que sentenças proferidas não tiverem mais força de lei, e sim forem colocadas em questão por cada indivíduo e repudiadas?³¹

Este é o raciocínio obediente de Sócrates para que se faça valer as leis e por elas todos os cidadãos às devam obediência. O pensamento eleva a legislação ateniense. O respeito às leis passa de um dever para a seara da inviolabilidade, tudo em prol do espaço público que confronta a resistência.

O pensamento do filósofo vai ao sentido contrário à natureza de resistência individual do ser humano. O que de fato ocorre é que sem questionar veementemente o dever de obedecer às leis não há como identificar a natureza da resistência, o que de igual modo, justifica o porquê de desobedecer ou resistir às leis.

A idéia de espaço público, que confronta a resistência nesta etapa do pensamento jus filosófico, se justifica por uma clara questão de ordem e paz social, o que, mais tarde, iria se materializar com o Estado liberal burguês que muito prometeu, mas que, no entanto, pouco cumpriu.

Para o pensamento grego, mais especificamente em Platão, a lei se identifica com a razão, cobrindo todos os espaços da vida humana, tanto no plano material quanto no plano espiritual. Leal traz: “A despeito de Platão vincular a Lei com a idéia da razão, é inevitável que se tenha clara a descrença do autor sobre a possibilidade de esta lei ter uma origem popular, ligando-a mais a figura de um príncipe”.³² Ou seja, estaria ela mais para a vontade tirânica que eventualmente pudesse ser exercida pelo governante do que ao lado dos governados. Isso por que Platão mescla critérios morais com critérios legais, não diferenciando uma lei justa

³¹ ADOMEIT, Klaus. *Filosofia do direito e do Estado*. Vol. I: Filósofos da Antiguidade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000, p. 65.

³² LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na Modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 24-25.

de uma lei injusta, justificando seu cumprimento pela educação. Assim age Sócrates quando aceita sua condenação sem resistir.

Isto reflete o caminho da servidão percorrido pelo ser humano em respeito aos seus governantes. Sócrates, ao justificar sua condenação, não explicou exatamente o porquê da obediência segura às leis do Estado, sabedor de sua inocência. Sucumbiu perante o poder do Estado que o trancafiou. Não discutiu seu aprisionamento. Apenas obedeceu.

O que se faz necessário fundamentar com os exemplos extraídos, é o encaixamento do direito de resistência desde o início de sua existência como direito inalienável da pessoa humana. Sócrates fez o julgamento interior de que o seu dever de obediência deveria ser maior do que sua liberdade que, de fato, existia. A decisão de Sócrates negou um postulado individual, um direito fundamental.

Assim como negou a resistência poderia tê-la praticado em seu favor e não a favor da ordem pública. Não se pode afirmar se era realmente a sua intenção aceitar obedientemente a condenação. Apenas temeu seu exemplo, e pelas leis aceitou ser condenado através de um julgamento injusto.

1.5 A RESISTÊNCIA RELIGIOSA

Ao migrar de uma abordagem antiga, se tem a figura do Estado no século XVI como uma comunidade superior que abrangia outras comunidades menores, com autonomia. Isto ensejava um paradigma de obediência destas comunidades menores através de um contrato tácito em face do poder centralizado do Estado maior. Paupério coloca:

O povo primitivamente era o senhor. A autoridade do príncipe exercia-se em razão unicamente do acordo celebrado entre ele e os súditos. Pelo contrato, estes puderam fixar as condições de exercício da autoridade, reservando-se para si o direito de dispor dela na hipótese especial de os governantes a empregarem com abuso e perniciosidade.³³

O homem passava por um período de transição, de criatura para criador, fruto das idéias renascentistas, sendo o elemento transformador do mundo, com características de individualidade, liberdade, criatividade, participação e

³³ PAUPÉRIO, op. cit., p. 63.

enriquecimento.³⁴ Este racionalismo cada vez mais abrangente, não impediu o confronto religioso na Europa entre católicos e protestantes, e que trouxe consigo elementos que fortaleceriam a resistência.

O surgimento da Reforma Protestante desencadeia uma série de conflitos no continente europeu, fazendo com que a Igreja Católica atuasse de forma violenta na tentativa de salvar o Cristianismo. De outro lado, os protestantes buscavam um espaço junto ao Catolicismo.³⁵

Em meio a este palco de disputas religiosas, surge a figura de João Calvino³⁶, líder e mártir da doutrina protestante.³⁷ Embora a doutrina calvinista considerasse Deus como autoridade absoluta, sua contribuição para o estudo do direito de resistência se deu, principalmente, porque seu pensamento era aliado à idéia da reforma religiosa.

Embora já houvesse no despertar renascentista um princípio de racionalização, priorizando o ser humano, a Igreja ainda era muito influente. Enquanto no século XVI a Igreja atuava no subsistema econômico e político, sob este novo paradigma, na composição do Estado, passou a ficar evidenciado o contraste na separação do que é divino e do que é terreno, conclusão das idéias racionalistas que, aos poucos, começavam a se expandir.³⁸

Mas o surgimento da doutrina calvinista acabou por influenciar seguidores que passaram a defender teorias radicais e transformadoras no tocante à resistência. Isto se deu porque começou a se evidenciar a idéia de que um governante poderia não ser a representação da divindade e os seguidores do Calvinismo se aperceberam disso. Paupério acrescenta: “[...] haviam de ser seus continuadores quem mais haveriam de desenvolver, em sentido extremado e incisivo, o chamado direito de resistência”.³⁹

Mais precisamente, dentro do pensamento religioso, se trabalhou com a hipótese de que o ser humano dotado de características tirânicas poderia não ser

³⁴ LEAL, op. cit., p. 50.

³⁵ SILVESTRE, Armando Araújo. *Calvino e a resistência ao Estado*. São Paulo: Mackenzie, 2003, p. 137.

³⁶ Para Calvino, havia um dever de obediência absoluto, inclusive, tolerando a tirania, suportando as ordens hostis dos líderes, tudo em conformidade com a providência divina. PAUPÉRIO, op. cit., p. 66.

³⁷ No tocante à resistência deste período, católicos e protestantes não eram propriamente opositores. Ambos lutaram contra a opressão. A doutrina calvinista enfrentou a França de Carlos IX e os católicos o reinado de Henrique IV. E ambos se rebelaram contra Henrique III. Idem, p. 82.

³⁸ SILVESTRE, op. cit., p. 209-210.

³⁹ PAUPÉRIO, op. cit., p. 67.

um enviado do poder divino. Isto passou a ser um paradoxo deste período. Como toda a autoridade era derivada de Deus, não se poderiam admitir exceções.

De uma teoria de resistência fundamentada no pensamento religioso de transformação do mundo, o Calvinismo acabou por desaguar em uma teoria de revolução, ou seja, adotou parâmetros radicais se dividindo em diversos braços de atuação pelo continente europeu.⁴⁰ Com propriedade, Silvestre acrescenta:

Essa teoria política baseava-se na idéia de um contrato que criava um direito moral, e não apenas um dever religioso. Tal direito consistia em resistir a todo governante que deixasse de cumprir suas incumbências e de visar ao bem do povo em todos os seus atos públicos. [...] O povo, portanto, teria o direito de exigir que seus magistrados e representantes eleitos respeitassem, em todos os momentos, os bons costumes do reino.⁴¹

Os seguidores mais radicais de Calvino redimensionaram a forma de pensar a resistência porque suas idéias foram além do mero conceito de desrespeito a Deus trazido pela teoria de Santo Tomas de Aquino que encerrava como tirânicos apenas aqueles que combatiam o poder divino.

Inevitavelmente, estas idéias se ligaram a uma forma de manifestação da resistência, que foi o exercício do direito à revolução⁴² o que, mais tarde, ganharia ênfase e uma importância maior do que uma disputa religiosa ao proclamar toda uma era de direitos.

Tais idéias se baseavam nas afirmações de que o povo seria até superior aos seus governantes e de que o poder era o fruto do contrato estabelecido entre governantes e governados e, no caso de violação deste contrato pela autoridade vigente, deveria o povo se abster de ser a ele submisso.⁴³ Inegável que a doutrina calvinista já se mostrava como um ensaio ao Contratualismo.

Apesar da resistência religiosa confirmar o que se debateu na Antiguidade, da mesma forma os reflexos destes movimentos não conseguiram encerrar um conceito estanque de aplicação e validade da resistência como um direito, tal qual se quer abordar.

Os atos que confrontassem o Estado eram genuinamente manifestações de resistência, em um formato mais evoluído do que foi praticado na

⁴⁰ SILVESTRE, op. cit., p. 251.

⁴¹ Idem, ibidem.

⁴² Idem, p.199-200.

⁴³ PAUPÉRIO, op. cit., p. 70.

Antiguidade, em que critérios místicos também permeavam a discussão da resistência.

Evidentemente que isto passou a mudar com a evolução do pensamento jus filosófico e daí a justificativa de narrar a trajetória da resistência desde o início. E esta, desde já, é uma das características do direito de resistência: sua mutabilidade espacial. A resistência sempre existiu. Mesmo quando era uma manifestação não caracterizada como um direito, mas apenas uma vontade do povo, uma legítima defesa, uma não aceitação de imposições divinas ou não.

Ao passo em que este período do pensamento em torno da resistência se definiu não necessariamente dividido por datas, e sim pelas modificações das primeiras sociedades e aos formatos a que se direcionou o Estado, surgem as primeiras indagações acerca da construção de uma matriz de direitos. E este debate começa a surgir com maior clareza nos chamados teóricos contratualistas.

1.6 A RESISTÊNCIA E O CONTRATUALISMO

Os contratualistas⁴⁴ conceberam teorias acerca da sociedade e do Estado. O movimento renascentista partiu da idéia de que estes elementos se conjugavam em um contrato firmado, resultado de uma opção livre dos indivíduos. E que se esta liberdade fosse violada, haveria a possibilidade material do direito de resistência à opressão.⁴⁵ Mateucci define esta corrente de pensamento:

Em sentido muito amplo o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas*, *imperium*, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político.⁴⁶

Isto se deu devido à concepção de uma idéia de homem racional e independente que evoluiu, ao contrário da idéia de religião, cada vez mais deixada em segundo plano. Araújo complementa:

⁴⁴ Além dos autores abordados com propriedade neste item, são também considerados expoentes do Contratualismo, entre outros, J. Althusius (1557-1638), B. Spinoza (1632-1677) e S. Pufendorf (1632-1694). MATEUCCI, Nicola. Contratualismo. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Vol. 1. Brasília: UNB, 2004, p.272.

⁴⁵ ARAÚJO, op. cit., p. 46.

⁴⁶ MATEUCCI, op.cit., p. 272.

A idéia de um homem racional e independente, portador de direitos decorrentes de sua natureza humana, sendo que um deles é a liberdade, é o fundamento filosófico que admite o direito de resistência, imprimindo-lhe o caráter revolucionário e reformador da ordem instituída, não identificado em períodos históricos anteriores.⁴⁷

O Contratualismo emergiu com mudanças de paradigmas na seara da ciência jurídica e forneceu as bases para a fundamentação do direito de resistência e sua conseqüente positivação em Constituições.

Das idéias dos filósofos deste período, em especial Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, nasceram proposições importantes para a concepção do modelo liberal constitucional burguês, posteriormente adotado na Europa e mais tarde no Brasil.

Como todos os autores trabalharam a temática com ângulos de abordagem próprios, mas não menos importantes se faz necessário este diálogo entrelaçando as idéias, com a finalidade de se estruturar melhor a idéia de direito de resistência. Este corte epistemológico da idéia antiga de resistência, muito vinculada à divinização da figura do governante, para uma idéia racionalista, mais voltada ao pensamento contemporâneo, é o que se passa a ser analisado a seguir.

1.3.1 A resistência e o estado de natureza

Com o Contratualismo, há uma ruptura com as bases medievais da resistência. Monteiro explica:

Ora, se o Estado é produto da vontade humana, diz Hobbes, é preciso compreender esse homem encontrado no estado de natureza, para que se possa entender e decifrar este enigma, que é o poder do Estado, que é essa força mantenedora da ordem social, da vida em sociedade. Aqui então a ruptura com a época medieval, caracterizada pela submissão da sociedade às leis divinas, reveladas dogmaticamente.⁴⁸

Aparece com a teoria de Hobbes a figura do Estado como um elemento que agrupa as relações em sociedade, negando explicitamente a origem divina da resistência e trazendo à tona as primeiras discussões acerca do contrato entre governantes e governados.

⁴⁷ ARAÚJO, op. cit., p. 38.

⁴⁸ MONTEIRO, Maurício Gentil. *O direito de resistência na ordem jurídica constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37.

Nesta leitura inicial do Contratualismo tem de se fazer a descrição do estado de natureza elaborado por Hobbes, onde figurativamente reinava o caos e a desordem, que prejudicava a evolução do próprio homem, estabelecendo um senso de competição em que o que vale é a vida de cada um. O indivíduo que era superado por outro no estado de natureza resignava-se com o declínio. Aquele que superava o outro encontrava a felicidade.⁴⁹

No estado de natureza o homem tal qual foi descrito por Hobbes era um animal comunitário, inserido em um nicho social egoísta e dominado por sentimentos. Uma guerra de todos contra todos, onde não havia diferenças, apenas uma competição em que todas as regras eram válidas.

A condição do ser humano deveria ser medida pela honra, não atribuída diretamente ao conceito alcançado pelo homem através da análise do outro, mas referencialmente à carga axiológica de cada um e da forma que cada indivíduo absorvia isto para si. Este valor era filtrado pela figura do Estado, pois quanto maior fosse o alcance do valor público do indivíduo, mais digno seria ele.⁵⁰

Hobbes, assim, optou pelo Estado em face do cidadão. Bobbio, com propriedade, explica:

Thomas Hobbes colocara todo o peso do seu engenho sobre um só prato da balança. Optara pelo Estado e, conseqüentemente, pela servidão. Ele partira da convicção de que, entre o medo recíproco no qual os homens estão obrigados a viver no estado de natureza e o medo do soberano, era preferível o segundo e que, no fundo, os homens submetem-se com prazer à obediência a um soberano para sair da anarquia.⁵¹

Compreende-se que para Hobbes, em primeiro lugar, a existência de um Estado se fazia como primordial, pois preferível dentre os súditos que o Estado violasse os direitos de cada um do que houvesse um enfrentamento entre os cidadãos.

Hobbes retomou a idéia do espaço público como sendo o principal elemento da composição estatal a ser preservado, ou seja, sacramentou o pensamento de que o Estado é superior e deve ser obedecido e respeitado acima de qualquer coisa, colocando os indivíduos sob seu domínio absoluto. O poder não é delegado ao governante pela sociedade civil. Cada cidadão deveria alienar sua

⁴⁹ LEAL, op. cit., p. 68.

⁵⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril, 1974, p. 58.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 70.

individualidade em prol de um governante. E todos deveriam a ele a obediência absoluta. Araújo reforça:

Um exemplo claro da condição do indivíduo diante do Estado no pensamento político típico do século XVII pode ser encontrado nas idéias de T. Hobbes. Para ele, o poder civil deriva de uma alienação da soberania de cada um e não de uma delegação, onde os governantes gozam, necessariamente, de autoridade absoluta. Como desejam os cidadãos, sobretudo, segurança, são levados a obedecer cegamente ao soberano, que, em qualquer caso, escapa sempre ao julgamento dos súditos. Sendo a proposta de Hobbes para o Estado tirânico, não é possível admitir aqui o direito de resistir à opressão.⁵²

O Estado e, referencialmente no que diz respeito ao direito de resistência na doutrina hobbesiana, não poderia ser alvo de tiranidas, pois Hobbes fez a diferenciação entre o bom e o mau governante, como sendo este último quem exercia o poder sobre determinada sociedade e também como um inimigo desta sociedade.⁵³ Desta forma, para Hobbes, não há que se falar em tiranicídio, pois o afastamento ou a morte do tirano seria como um golpe contra o Estado, o verdadeiro protetor das liberdades dos indivíduos.

A transformação do soberano em tirano na leitura hobbesiana não ocorre com clareza, pois o poder soberano é absoluto e, uma vez este não sendo absoluto deixa de ser soberano, passando a entrar em colisão ambos os conceitos.⁵⁴

O modelo contratualista hobbesiano muito embora não comporte em si uma teorização sobre o direito de resistência, concebe os elementos para análise e construção deste direito, pois foca seu pensamento na gigantesca máquina de obediência intitulada Estado.⁵⁵

Mas há quem defenda nesta abordagem, a possibilidade de resistência, como bem traz Buzanello:

O primeiro caminho no qual Hobbes poderia contemplar a resistência ficava no argumento de que, embora as ordens do soberano nunca fossem injustas, havia não obstante circunstâncias nas quais o súdito poderia desobedecer com justiça àquelas ordens. [...]. Um segundo possível argumento para justificação da resistência no mundo hobbesiano seria uma dedução direta do relato apresentado por Hobbes de como a sociedade civil foi primeiramente instituída por um processo de autorização. [...]. O terceiro caminho hobbesiano para a resistência apresenta-se como

⁵² ARAÚJO, op. cit., p. 49-50.

⁵³ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 184.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Brasília: UNB, 2001, p. 107.

⁵⁵ Em seu *Leviatã*, Hobbes conglomerava o estado de natureza, lei natural, lei positiva, contrato social, obrigação política, súditos e soberanos, a Igreja e direitos e deveres de forma a construir uma máquina de obediência que é o Estado. BUZANELLO, op. cit., p. 40.

se contradissesse a doutrina de que os soberanos não podem agir injustamente para com seus súditos. [...].⁵⁶

Estes apontamentos indicam em um primeiro patamar a resistência como o direito de cada um de proteger, dentro da esfera do direito natural, as suas próprias vidas, mesmo em face do soberano. No tocante ao processo de autorização, muito embora os governados atribuíssem ao seu governante capacidade total de governar em prol de uma segurança individual, os cidadãos não ficariam sem o direito de auto-proteção, o que em determinada situação, poderia ser comparado com o direito de resistir às determinações. E, em um terceiro momento, a resistência seria possível uma vez quebrada a lei da natureza, o que, em Hobbes, significaria o rompimento não com as leis positivas, mas sim com a lei natural ou a filosofia moral que dentro da teoria concebida por ele é eterna.

O direito de resistência para Hobbes encerra em síntese a defesa da vida e a defesa da ordem pública. Buzanello explica:

A perspectiva individual concebe a resistência como uma ação voltada para a autoconservação, e é justa por se constituir em um direito intransferível, razão da instituição da sociedade política. Está claro, em Hobbes, que o direito natural da vida é inalienável quando conclui que em 'primeiro lugar, ninguém pode renunciar ao direito de resistir a quem o ataque pela força para tirar-lhe a vida [...]'. [...]. A perspectiva de ordem pública é que qualquer resistência agride ao interesse coletivo, o que constitui crime contra o soberano. A legitimidade é dada pela defesa da ordem capitaneada pelo soberano. De toda sorte, permanece o paradoxo: recupera-se, de um lado, o direito natural de viver e resistir diante do medo da morte, pois é 'justo recusá-la, porque não se pode dar obediência maior do que esta', e, de outro, mantém-se inalterada a necessidade de manter a ordem pública a qualquer preço, inclusive com a declaração da morte do súdito.⁵⁷

Percebe-se, portanto, que existem fundamentos que permitem tratar da resistência em Hobbes. Estes fundamentos estão balizados na individualidade, pois não se nega a máxima já concebida anteriormente da preservação da ordem pública, ou seja, da preservação do interesse coletivo representativo da figura do governante.

O direito de resistência em Hobbes está muito mais voltado para uma defesa de um direito individual, justificando o estado de natureza concebido pelo contratualista, pois a desobediência em face do governante e a conseqüente figura

⁵⁶ BUZANELLO, op. cit., p. 49.

⁵⁷ Idem, p. 50.

do tiranicídio são consideradas crime. Contra o Leviatã não se pode admitir a resistência. Monteiro esclarece:

Hobbes é tido como um pensador absolutista, que teria fornecido as bases teóricas para a legitimação do Estado absoluto, do soberano dotado de poder político ilimitado. De fato ele o é, sendo inclusive um dos fundadores do moderno Estado Absolutista.⁵⁸

A contribuição de Hobbes para a teoria da resistência é inegável no sentido de contribuir para a supremacia do Estado, o que se insere como decisivo nas diversas abordagens do direito de resistência constitucionalizado.

Ao passo em que o teórico reforça o papel estatal, reafirmando a condição de defensor do absolutismo, Hobbes atribui importância a um dos elementos de discussão contemporânea do direito de resistência, que é justamente o Estado, força motriz de um dos pólos de discussão do direito de resistência.

1.3.2 A resistência como forma de combate à usurpação e à tirania

Locke influenciou as bases sobre as quais se construiriam, mais tarde, os primeiros movimentos constitucionais e acabou por estabelecer uma teoria que abarcou com maior clareza e magnitude o direito de resistência.

Fora do escopo absolutista pregado por Hobbes, que pouca margem cedeu à resistência, devido ao enaltecimento do governante, Locke contradisse a máxima hobbesiana de negação de direitos em face do Leviatã. Ao contrário, fortaleceu a tutela de alguns direitos, como a liberdade e a propriedade.⁵⁹

Também, sob o paradigma descrito por Locke, a grande diferença estaria na formação do governo, proposta que em Hobbes opõe obrigatoriamente quem governa aos que são governados sob a forma de obediência irrestrita. Araújo explica:

J. Locke reconhece, também, no mesmo capítulo de sua obra antes referenciada, onde examina o estado de natureza, os seus inconvenientes e aponta, como remédio adequado para todos estes males, o governo civil. O fator determinante das inconveniências do estado de natureza seria a faculdade que os homens teriam de serem juízes em suas próprias causas, pois é difícil imaginar que aquele que foi injusto a ponto de

⁵⁸ MONTEIRO, op. cit., p. 36.

⁵⁹ PAUPÉRIO, op. cit., p. 157.

causar injúria a um irmão dificilmente será justo o bastante para condenar a si mesmo por tal.⁶⁰

A proposta de Locke é clara no sentido de justificar o seu governo civil como uma forma de conduzir as relações dentro do primitivo estado de natureza de forma a eliminar o confronto entre governantes e governados, abrindo espaço para um diálogo entre quem tem o poder e quem a ele deve obediência.

Em vez de eleger o soberano como autoridade máxima a ser respeitada, Locke atribui importância à sociedade civil e a salvaguarda dos seus direitos, tratando de temas pilares da resistência, como a usurpação e a tirania. Isto reflete a posição do contratualista no que se refere à capacidade de distinção do indivíduo daquilo que é justo ou injusto. No tocante à usurpação, Locke expõe:

Quem quer que exerça qualquer parcela do poder por outros meios que não aqueles prescritos pelas leis da comunidade civil não tem o direito de exigir obediência, mesmo que a forma da comunidade civil seja ainda preservada, pois não se trata de uma pessoa que as leis tenham designado, e conseqüentemente não é a pessoa a quem o povo deu seu consentimento.⁶¹

O usurpador é o governante que precisa ser afastado, no entanto permanecendo a forma e as regras sob as quais se governa. Desta forma, Locke faz valer as leis em prol da sociedade civil, que é quem realmente governa, não tolerando qualquer tipo de enfrentamento ilegítimo entre líderes e cidadãos que possa arruinar a figura do Estado.

A tirania, assim como a usurpação deve também ser combatida. Locke acrescenta:

Assim como a usurpação consiste em exercer um poder a que um outro tem direito, a tirania consiste em exercer o poder além do direito legítimo, o que a ninguém poderia ser permitido. É isto que ocorre cada vez que alguém faz uso do poder que detém, não para o bem daqueles sobre os quais ele o exerce, mas para sua vantagem pessoal e particular; [...].⁶²

O discurso do Rei James, também inserido no seu *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, serve como orientação aos governantes que não sabem compreender o que é um exercício de tirania nem como sua prática se pode dar. Além de confirmar a delegação dos poderes da sociedade para os governantes, a

⁶⁰ ARAÚJO, op. cit., p. 52-53.

⁶¹ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 204.

⁶² Idem, p. 206.

sociedade é eleita como o cerne de toda a existência do Estado. Como Locke atribui a legitimidade das leis ao povo, que são delegadas ao governante, o fim destas preceitua o fim de um governo justo: “onde termina a lei começa a tirania”⁶³, reforça.

Em tese, o direito de resistência na teoria contratualista, e que mais tarde influenciaria a criação de dispositivos constitucionais protetores do cidadão, começou verdadeiramente com as idéias de Locke. Buzanello explica:

Locke é o teórico moderno por excelência do direito de resistência. Foi o primeiro autor moderno a teorizar e defender o direito de resistência associado à teoria da soberania limitada, isto é, à recondução prévia dos limites da autoridade na ordem político-jurídica. A tese lockiana defende uma sociedade preservada da violência do Estado, organizado por instituições político-jurídicas que assegurem a normalidade da vida dos indivíduos, principalmente a propriedade e a vida.⁶⁴

A propriedade e a vida servem de reflexo a direitos negativos em face do Estado, como o próprio direito de resistência. Emergem com natural espaço de contemplação nas idéias de Locke por força da sociedade da época, mas não deixando de se manterem na atualidade, assim como o estado de natureza concebido por Hobbes. Ele também é atual se o regime absolutista for atual.

Os ideais sustentados separam a sociedade do alcance tirânico do soberano e dos malefícios da máquina estatal estereotipada para agir ao seu favor. O modelo estabelecido por Locke protege o indivíduo de uma possível tirania de quem exerce o poder.

Em especial, no tocante às teorias sobre a resistência, cabe mencionar que Locke fez a distinção entre a resistência por motivos internos, como a já mencionada usurpação do poder, o abuso de poder e a omissão de poder, e a agressão estrangeira como motivo de resistir à opressão de forma externa. Buzanello traz:

Quanto às distintas hipóteses de resistência do modelo lockiano, os contornos da resistência legítima, em regra estão na má constituição do governo, exceto o da agressão externa, que independe da vontade política interna. Os demais se fundamentam na quebra de contrato por parte do soberano, geralmente não pelo desuso, mas pelo abuso do poder por parte das autoridades. Mas, como se afere um mau governo? Há diferentes formas de se estabelecer o contraste entre o bom e o mau governo. O governo bom é o que executa medidas justas e duradouras, que se reconhecem como vantajosas para o povo, já o governo mau é aquele que

⁶³ LOCKE, op. cit., p. 207.

⁶⁴ BUZANELLO, op. cit., p. 55-56.

abusa do próprio poder e trata os seus indivíduos como escravos, confisca a propriedade e mata uma pessoa.⁶⁵

Necessário acrescentar a diferença entre o pensamento de Locke para o de Hobbes onde o mau governo se caracteriza por ser defeituoso, ou seja, não cumpre com a tarefa de atribuir segurança aos seus súditos, não fazendo assim cessar o estado de natureza.⁶⁶ No entanto, Locke ressalta:

Pode-se resistir às ordens de um príncipe? A resistência é legítima todas as vezes que um indivíduo se percebe lesado ou imagina que não lhe foi feita justiça? Isto vai perturbar e transtornar todos os regimes políticos e, em vez de governo e ordem, não se terá senão anarquia e confusão.⁶⁷

Locke trabalhou melhor a questão da resistência do que seu antecessor nesta abordagem. Atribuiu limites para a resistência. Além da já mencionada legitimação do direito de resistência, ele prevê um espaço anárquico se o direito for exercido de forma a apenas perturbar a ordem, mesmo que esta ordem esteja contaminada pela tirania e pela usurpação do poder. A idéia do pensador é clara. Mesmo que exista um governo usurpador, fica evidente de que a troca deste governo ou o confronto a ele deve ser de maneira a estabelecer um novo governo com bases sólidas, não substituindo meramente o usurpador e o tirano do seu lugar, como faziam os tiranicidas.

E, para isto, a mudança também deve ser processada de forma sólida, de maneira a evitar a transformação do Estado tirânico em um Estado anárquico.

Locke pregava a luta do povo frente ao descompasso de seus governantes. E o povo deveria fazê-lo de forma igualitária à opressão que sofria, porque, *“Libertas pauperis haec est: Pulsatus rogat, et pugnus concisus adorat, Ut liceat paucis cum dentibus inde reverti”*.⁶⁸

O teórico concebeu mais claramente uma idéia sobre o direito de resistência. Substituiu a figura do Leviatã por um Estado com perfil democrático, livre do absolutismo total e da luta individual pela sobrevivência, concebendo a resistência como uma forma de exercício de um direito do cidadão quando dentro do Estado houver usurpação e tirania.

⁶⁵ BUZANELLO, op. cit., p. 65.

⁶⁶ Idem, ibidem.

⁶⁷ LOCKE, op. cit., p. 208.

⁶⁸ “Tal é a liberdade do pobre. Agredido, ele suplica, e golpeado a socos, ele implora que o deixem sem lhe arrancar os dentes”. Idem, p. 228.

1.3.3 A resistência e a vontade geral

Rousseau e a sua idéia de *Contrato Social* inspiraram a Revolução Francesa e os ideais que a nortearam. A idéia do filósofo consistia em conceder maior liberdade aos indivíduos, em uma proposta nitidamente de desconstrução do estado de natureza concebido inicialmente por Hobbes.⁶⁹

Assim, se tornaria viável a libertação da cápsula do homem natural para um sujeito politizado, mais atuante na estrutura do Estado, sem que o indivíduo se mantivesse preso ao paradigma irrenunciável de obediência ou tivesse que optar pelo direito de resistência anárquico individual.

Em Rousseau, há uma migração para o Estado civil, composto de direitos e deveres próprios de indivíduos livres. Nasce, então, a concepção de uma comunidade política, com um mínimo de respeito e consideração ao sujeito. Isto se dá pelo pacto firmado entre os cidadãos, que é a própria representação da autoridade na teoria rosseauiana.

Este pressuposto de respeito mútuo que constitui uma vida em comunidade, parte, inicialmente, da filosofia grega de Sócrates que induz o homem a conhecer-se a si mesmo. Rousseau traz este paradigma para dentro de sua teoria como um exemplo de avanço no pensamento político, que conduz o indivíduo a uma descoberta de sua própria significação no mundo.⁷⁰

Rousseau desconstitui o pensamento de Hobbes que atribuía ao estado de natureza uma capacidade de fazer com que o ser humano fosse dotado de valores e paixões. Esta afirmação se fundamenta no fato de que somente se podem alcançar tais atributos com a devida constituição de uma sociedade organizada.⁷¹

Esta mudança do pensamento filosófico ocidental, introduzindo o paradoxo do “homem pelo homem” como ser reconhecidamente político e não meramente natural, introduz o indivíduo em uma relação comunitária, de reciprocidade.⁷²

⁶⁹ “Renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 62.

⁷⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. UNB, 1985, p. 40.

⁷¹ Idem, p. 09.

⁷² Idem, p. 41.

A trajetória perseguida por Rousseau, tentando explicar a origem da desigualdade entre os homens, abarca o sustentáculo de uma vida longe do estado de natureza. E, antes mesmo da sociedade se firmar como um arquétipo que proporcione dignidade a todos, Rousseau já pressentia a necessidade de se modificar a estrutura sobre a qual pairavam as relações humanas. Relações estas que na obra do autor se identificam com a vontade geral, o cerne do contrato social. Araújo acrescenta:

Apesar da proposta de Estado de Rousseau ser a mais democrática dentre todos os filósofos contratualistas, ele não admite expressamente o direito de resistência à opressão, por falta de objeto. Para ele, não pode haver opressão numa sociedade governada pela vontade geral.⁷³

A inexistência de opressão se justifica exatamente pelo contrato firmado entre governante e governados. Uma vez que o governo é de todos, não há como visualizar que o direito de resistência encontre em Rousseau uma fundamentação.

No entanto, quando rompida esta relação pacífica da vontade geral e se dando a quebra do contrato, se pode evoluir para uma possibilidade de aplicação do direito de resistência na sua teoria. Monteiro esclarece:

Se não são obrigados mais a obedecer ao governo do corpo político, quando este tenha usurpado o poder soberano e conseqüentemente tenha se rompido o pacto social, então Rousseau está a admitir, mesmo que não expressamente, o direito de resistência.⁷⁴

Em tese, a teoria de Rousseau se calca na premissa de que tudo dentro da sua concepção de sociedade civil deve ser convencionado, ou seja, decidido mutuamente entre os legitimados, que são os próprios cidadãos que fazem parte desta sociedade. Logo, esta máxima tendo validade, fica distinta a diferenciação entre a vontade geral e o estado de natureza. Araújo acrescenta o entendimento acerca do poder convencionado:

Desta feita, partindo da idéia de que a autoridade que o soberano exerce decorre de uma convenção entre os homens, a qual acarreta uma delegação destes para aquele, como entende J. Locke, e não uma abdicação total, como entende T. Hobbes, o direito de resistência pode ser visto como uma sanção para o mau governante e um direito subjetivo público do cidadão, podendo ser arrolado como um dentre os outros

⁷³ ARAÚJO, op. cit., p. 57.

⁷⁴ MONTEIRO, op. cit., p. 21.

direitos fundamentais do indivíduo. A partir desta concepção, o direito de resistência deixa de ser apenas um direito natural, podendo ser considerado, também, como um direito fundamental do indivíduo, passível de ser positivado, portanto, reconhecido constitucionalmente.⁷⁵

A concepção do direito de resistência, dentro do Contratualismo, recebeu da teoria de Rousseau, como se percebe, especial atenção, pois modifica a sua conceituação trabalhada anteriormente para adentrar na esfera de direito fundamental da pessoa humana. A partir daqui se passa a visualizar o direito de resistência dentro de uma matriz de direitos fundamentais, mas ainda sem previsão constitucional formal.

Também, o significado que é atribuído ao direito de resistência em Rousseau é um primeiro passo para o núcleo formador de sua magnitude como direito positivado. Araújo explica:

Ao admitir que não existe no Estado 'nenhuma lei fundamental que não possa ser revogada, nem mesmo o pacto social', Rousseau, implicitamente, admite o direito do povo de resistir à opressão. Se o que dá validade para as leis é o fato de serem o resultado da vontade geral, isto deixando de ocorrer, Rousseau admite a possibilidade de serem revogadas pelos cidadãos; logo, admite, também, a resistência às ordens eivadas com os vícios de ilegalidade e ilegitimidade.⁷⁶

A abordagem do direito de resistência em Rousseau se coloca como uma das mais importantes, pois condiciona as mudanças dentro do Estado a um pensamento de liberdade dos cidadãos que firmaram o contrato e não admitem sob hipótese nenhuma, qualquer tipo de medida estatal opressora. A resistência é, em Rousseau, mais que um direito, um dever do cidadão.

1.3.4 O imperativo da resistência

Immanuel Kant traz à tona o elemento da moral para justificar suas idéias. O conceito de contrato, apesar de diferente do que se pode extrair de outros teóricos, se faz presente na medida em que o Estado civil se apresenta como um dever moral. É este o Contratualismo defendido pela teoria kantiana.

Na apresentação da obra *A paz perpétua*, já se tem que o contratualista diferencia muito bem as outras bases do mesmo movimento descritas anteriormente aqui:

⁷⁵ ARAÚJO, op. cit., p. 58.

⁷⁶ Idem, ibidem.

A diferencia de Rousseau, y en consonancia con Hobbes, Kant considera que la lucha tiene raíces en la naturaleza humana. La paz no es lo natural entre los hombres, sino una conquista de su voluntad consciente. 'El estado de paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (*status naturalis*), que és más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe una constante amenaza. El estado de paz debe, por tanto, ser instaurado'.⁷⁷

Chama atenção a noção de Estado civil da qual se reveste as idéias de Kant e por isso o mesmo acaba por se inserir na abordagem da resistência. O autor diferencia muito bem o estado de natureza hobbesiano de uma ordem conscientemente estatuída.

Ainda, o respeito à liberdade, complementado pelo elemento da moral, faz com que o imperativo categórico possa proporcionar aos indivíduos a oportunidade de julgar se determinado conceito pode ou não pode ser moralmente aceito. Bobbio, com propriedade, traz os preceitos (imperativos) categóricos e hipotéticos:

Uma vez dito que as leis da conduta humana são preceitos, Kant distingue o gênero 'preceito' em duas espécies: *categóricos* e *hipotéticos*. Categóricos são os que prescrevem uma ação boa por si mesma, como por exemplo: 'Você não deve mentir', e chamam-se assim porque são declarados por meio de um juízo categórico.⁷⁸

Kant traz a formulação do seu preceito categórico como um dever do ser humano e não uma mera descrição. Uma vez interpretada a norma que prescreve determinada ação e não a apenas descreve, se pode, por analogia, interpretar que Kant não coaduna com o direito de resistência. Isto se explica pelo fato de que se existe um Estado com um governo legítimo todos os cidadãos devem obediência a ele, ou seja, um preceito categórico.⁷⁹

Uma vez interpretado o preceito categórico como "uma ação boa por si mesma", se o governo é tirânico e usurpador, qualquer ato que retire do poder a tirania, é instrumentalizado pela moral e, portanto, uma ação válida.

Kant se situa no espaço de observador da conduta humana e aponta uma insatisfação do indivíduo internamente quando visualiza uma condição superior em outro ser humano. Evidentemente, Kant expõe a necessidade de igualdade para

⁷⁷ KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Madrid, Tecnos, 1996, p. 07.

⁷⁸ BOBBIO, 2000, op. cit., p. 105.

⁷⁹ "Obedecei à autoridade que tem poder sobre vós", é identificado como o verdadeiro imperativo categórico, ou seja, a Constituição pode não possuir o condão da perfeição, mas nem por isso deixa de ser sagrada. PAUPÉRIO, op. cit., p. 165.

que se faça valer o imperativo de ordem moral que tanto é levantado nas suas obras.⁸⁰

A referência se torna válida quando se parte da ótica de observação da desigualdade já descrita na obra de Rousseau. A conservação da vida pelo homem se dá conforme o dever propriamente dito e não por dever. Esta afirmação eleva o ser humano à categoria de sobrevivente, ou seja, embora seu desejo seja o de abandonar a vida, ele se mantém vivo pela moral.⁸¹

Tal representação reflete a necessidade de aproximação à dignidade humana como qualidade indivisível do ser humano como um fim em ele mesmo, pois tal atributo é irrenunciável e inalienável, um elemento qualificador da pessoa tal como ela é.

Da condição digna do ser humano, decorrem todos os outros princípios dos direitos humanos. Kant, com propriedade, resgata o pensamento de Rousseau quando define que o ser humano tem a faculdade de obedecer somente à legislação a qual nasceu do livre consentimento da sociedade em que ele vive.⁸²

A conclusão deságua na máxima de que toda a pessoa deve ser considerada como um fim em si mesmo, nunca como um meio para se alcançar outro fim.⁸³ E, o que se busca, intrinsecamente, uma vez resguardado este paradigma, é o aperfeiçoamento do indivíduo através do respeito.

A razão kantiana acaba por firmar um elo com a moral, capacidade que ajuda a modificar o conhecimento empírico para uma aplicação sóbria da lei com fulcro na principiologia jurídica. E isto encontra respaldo especificamente no concernente aos princípios formadores dos direitos fundamentais, com vistas a atribuir eficácia aos mesmos.⁸⁴

No tocante à resistência, Kant se insere com maior complexidade. Com propriedade, Monteiro traz:

Ao fixar a diferença entre Direito e Moral a partir do móvel da conduta humana, Kant filia-se à tradição do jusnaturalismo e iluminismo alemão, porque se o Direito não tinha como objeto questões de consciência

⁸⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 21.

⁸¹ Idem, p. 25.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 48.

⁸³ BROCHADO, Mariá. *Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy, 2006, p. 121.

⁸⁴ KANT, 2002, op. cit., p. 42.

– preocupava-se em garantir o mero cumprimento das leis, independente da motivação para esse cumprimento – isso significa a imposição de limites naturais ao poder do Estado: o poder político não poderia veicular regras jurídicas, por meio da legislação formal, que interferissem na consciência humana, porque essa tarefa não é do Direito, mas da Moral, e se o Estado encontra limites à sua legislação, é porque encontra obstáculos em direitos naturais intransponíveis.⁸⁵

A interpretação do Direito e da Moral em Kant explica de um lado a obediência à vontade legislativa do Estado, que através de suas leis não podem interferir na conduta humana, mas tão somente garantir o cumprimento destas. E, para esta garantia, o Estado não pode através de um comando normativo atuar na consciência da sociedade civil.

Kant vislumbra um alcance limítrofe para as pretensões dos governantes em relação aos seus governados. Por mais que se mantenha um Estado regido por leis, estas leis nunca atuarão completamente na conduta do indivíduo, pois o ser humano se mostra certo modo ingovernável pela sua própria natureza.

Esta ingovernabilidade traçada requer a retomada da questão dos imperativos e a sua relação com a conduta humana. Monteiro traz a tona os imperativos categóricos e hipotéticos e suas definições:

A conduta humana, segundo Kant, é regida pelos chamados imperativos – prescrições de conduta. Existem os imperativos categóricos, que prescrevem ações boas por si mesmas, e os imperativos hipotéticos, que prescrevem condutas boas para se alcançar determinado fim. Logo, de acordo com a distinção que preconizou entre direito e moral, esta se relaciona com os imperativos categóricos, enquanto aquele se relaciona com os imperativos hipotéticos.⁸⁶

O imperativo categórico se traduz em uma ação de acordo com o respeito à liberdade de outro agir livre. Esta premissa remete a um limite de atuação do Estado, um agir mínimo, onde se possa garantir os direitos e liberdades individuais.

Kant concebe o direito de resistência ou uma possibilidade de existência dele dentro de suas teorias, como bem expõe Monteiro:

Kant refuta apenas a resistência direta ao poder político, mas observe-se que admite teoricamente a resistência indireta (fazer representações contrárias) à vontade do monarca, quando esta não

⁸⁵ MONTEIRO, op. cit., p. 22.

⁸⁶ Idem, p. 25.

signifique, segundo postulado prático da razão, a expressão da vontade coletiva do corpo político.⁸⁷

A aplicabilidade do direito de resistência em Kant perpassa pela não aplicação do que foi contratado através da vontade geral pelo governante. Ficam, no entanto, sem maiores detalhamentos como esta manifestação se deve dar, ao contrário do que previu Hobbes com sua resistência anárquica e Rousseau com sua motivação através da quebra de contrato.

Entretanto, a resistência à opressão se deve materializar não através de atos radicais como o descrito tiranicídio. Kant afirma que “qualquer resistência contra o supremo poder legislativo, qualquer rebelião destinada a traduzir em ato a insatisfação dos súditos, qualquer tumulto que dá início à rebelião é o delito maior e mais execrável que pode ser realizado em um Estado [...]”.⁸⁸ A teoria kantiana condena a resistência ao Estado pela possibilidade de desestruturação jurídica que possa ocorrer. Bobbio explica:

A invectiva dirigida por Kant contra as teorias extremas do jusnaturalismo, da resistência e do tiranicídio é evidente; e não há nada a acrescentar, já que é bastante explícita. Igualmente clara é sua adesão ao princípio da obediência ativa [...].⁸⁹

Na realidade, Kant protege o ideal constitucional e não a figura do governante em si. Nessa premissa de defesa da Constituição é que consiste a sua tese de não aceitação da resistência, como pontua Bobbio:

[...] se uma constituição admitisse o princípio da resistência, o legislador não seria mais soberano, e o *princípio da soberania* seria destruído. [...] Admitindo o direito de resistência, acabaríamos admitindo que o povo tem o direito de julgar o soberano e que, portanto, este não o é mais, e o povo é, ao mesmo tempo, súdito e soberano, o que é contraditório.⁹⁰

Estes elementos se completam quando se acrescenta a idéia de que a permissividade do direito de resistência significa conferir ao governado um poder de decisão, ou de atuar como um juiz a seu favor, defendendo uma causa sua. Isto iria, igualmente, de frente a qualquer Lei Fundamental, pois no entendimento kantiano, não se pode impor limites ao poder do soberano. Tais mudanças no sentido de se

⁸⁷ MONTEIRO, op. cit., p. 33.

⁸⁸ BOBBIO, 2000, op. cit., p. 235-236.

⁸⁹ Idem, p. 36.

⁹⁰ Idem, p. 237.

oferecer resistência deveriam ser materializadas de forma gradual, contrariando os adeptos de movimentos revolucionários.⁹¹

O ideal constitucional é reforçado, quando o autor proclama que uma Constituição deve ser republicana. Kant descreve:

La constitución *republicana* es aquella establecida de conformidad con los principios, 1.º de la *libertad* de los miembros de una sociedad (en cuanto hombres), 2.º de la *dependencia* de todos respecto a una única legislación común (en cuanto súbditos) y 3.º de conformidad con la ley de la *igualdad* de todos los súbditos (en cuanto ciudadanos): es la única que deriva de la idea de contrato originario y sobre la que deben fundarse todas las normas jurídicas de un pueblo.⁹²

Os ideais firmados por Kant se aproximam do que mais tarde viria a ser proclamado nas Constituições liberais, se tornando uma base filosófica que nortearia o constitucionalismo europeu.

No entanto, o direito de resistência em Kant não aparece explicitamente, mas também não é negado desta forma. Pois, considerando o imperativo categórico que prescreve uma ação com uma intenção boa em si mesma aplicado ao afastamento do governante tirano e usurpador do poder, se tem que o direito de resistência faz parte do contexto normativo do Estado.

Assim, se pode concluir que a teoria kantiana traduzida por seus imperativos permite o direito de resistência, mesmo que implicitamente como uma condição humana, moral, de internalização. E o direito de resistência é uma questão de consciência, operando no campo das idéias transformadoras de uma sociedade livre.

⁹¹ BOBBIO, 2000, op. cit., p. 237.

⁹² KANT, 1996, op. cit., p. 15.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DE RESISTÊNCIA

Através da análise inicial, se pode perceber que a história da trajetória do homem em sociedade está vinculada intimamente à questão do poder e de como ele é exercido em face do povo. É um conflito entre aqueles que optaram por obedecer e aqueles que fazem da resistência a sua opção. Bobbio confirma esta ligação:

Toda a história do pensamento político pode ser distinguida conforme se tenha posto o acento, como os primeiros, no dever da *obediência*, ou, como os segundos, no direito à resistência (ou à revolução).⁹³

A questão que sempre transitou na esfera da sociedade foi a obediência ou a desobediência à lei, qualquer que ela fosse. E ambas estão intimamente relacionadas com a questão do poder. Ou se está ao lado do poder ou se vai contra ele.

Desta forma, houve uma ruptura da sociedade européia com o fortalecimento do elemento da desobediência às injustiças, inicialmente traduzido no chamado direito à revolução aos governos. O exercício do direito à revolução viria a desencadear o nascimento do chamado Estado Liberal.

Após a fixação das teorias contratualistas nos autores especialmente analisados, se criou um despertar em sede de institucionalização de direitos. Este despertar acabou por se destinar a uma era de direitos fundamentais, mudanças que vieram a materializar uma série de liberdades e, conseqüentemente, o próprio direito de resistência.

⁹³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 143.

2.1 O NASCIMENTO DO ESTADO LIBERAL ATRAVÉS DO DIREITO À REVOLUÇÃO

Como forma de se justificar o direito de resistência em uma matriz constitucional contemporânea, cabe mencionar que as Constituições derivadas do chamado Liberalismo, foram fruto do exercício do direito à revolução.

Isto implica obrigatoriamente na abordagem histórica deste que foi mais um direito esquecido na História.

Inicialmente, convém conceituar o direito à revolução e sua importância jurídica para o rompimento de um paradigma absolutista, para posteriormente traçar breves considerações sobre o Estado Liberal como fruto do exercício deste direito.

2.1.1 O direito à revolução

O povo, que é o destinatário do direito produzido, concentra em si o fundamento da revolução. Buzanello acrescenta:

O direito de revolução tem, como fundamento, a questão do poder do Estado. A massa do povo é a força motriz do processo revolucionário, já que todo o esforço do regime político tem em vista a mudança radical da sociedade e do Estado, ao transferir o poder das mãos de uma classe social rica às mãos de outra classe social pobre.⁹⁴

Em linhas gerais, o exercício do direito à revolução é uma mudança, como pontuado, que altera o pólo dominador do Estado. Vários podem ser os fatores que culminam em uma revolução.

A revolução não pode ser definida como boa ou ruim. A revolução simplesmente acontece. Os fatores que estão por trás de uma revolução é que explicam sua causa e definem as suas conseqüências. Ela é um manifesto por mudanças.

A idéia de revolução, em um plano inicial, remete a uma luta armada, a uma disputa bélica em que o elemento catalisador das mudanças se traduz na derrocada de uma instituição através da força. No entanto, o seu conceito não está diretamente ligado a um levante armado e nem opera propositadamente neste campo. Buzanello complementa:

⁹⁴ BUZANELLO, op. cit., p. 155.

A revolução ou a rebelião contra uma autoridade soberana pode assumir o caráter de uma guerra interna. Vários foram os conceitos de guerra, de acordo com épocas, tornando-se os mais conhecidos aqueles que se inspiraram no direito. A doutrina clássica tem insistido sobre o fato de que a violência se expressa na guerra, por meio da “força armada”. Essa visão reduziu bastante no fim do séc. XX, pois ela se expressou menos em termos militares e mais em termos econômicos, psicológicos, [...]. A guerra é um ato de força sem limites para sua aplicação, como foi praticada pelo nazismo no holocausto judeu, no stalinismo russo e por toda a civilização ocidental.⁹⁵

Desta forma, a revolução cuida de uma mudança interna. A guerra está atrelada às relações de um Estado de forma externa.

Também, a revolução está ligada diretamente à forma como o povo deve se manifestar frente aos seus representantes no momento em que estes romperem o contrato. Buzanello coloca:

O povo tem o direito à revolução para esmagar as tiranias que espezinham suas liberdades, nem que ela seja exercida com extrema violência. Negar-lhes esse direito seria desconhecer o direito à dignidade humana, pois o direito político dos indivíduos e grupos se insurgem contra o Estado opressor não necessita de autorização, já que o próprio Estado é que deu causa, em regra, à exagerada opressão social.⁹⁶

Além do espírito intimamente associado do direito à revolução ao exercício e à concretização da dignidade da pessoa humana, praticar a revolução ou exercê-la como um direito não se trata da negação de uma idéia de direito. Ao contrário. É o contraponto que se faz a uma idéia de direito vigente através de uma nova proposta. Paupério acrescenta:

Desse modo, o que está em discussão no problema da *lei injusta* é a relação entre duas regras: na resistência à opressão a atitude dos governantes por correlação com a idéia de direito que lhe legitima a autoridade; na *revolução*, finalmente, a oposição entre duas idéias de direito.⁹⁷

Muito embora o exercício do direito à revolução justifique o direito de resistência e os direitos fundamentais, é diferente o seu exercício do exercício do direito de resistência, calcado no enfrentamento ao poder tirânico e usurpador. Com a revolução se opõem duas situações de direito que se enfrentam, e dela se extrai uma mudança. No entanto, ambos os significados possuem ligações íntimas. Teixeira complementa:

⁹⁵ BUZANELLO, op. cit., p. 160.

⁹⁶ Idem, p. 156.

⁹⁷ PAUPÉRIO, op. cit., p. 02-03.

Também na hipótese de *tiranía*, isto é, de violação, desconhecimento reiterado das liberdades fundamentais, quando ao cidadão se fecham, se impossibilitam todos os variados recursos que o regime reiterado da ação dos governantes ou de seus agentes, já Aristóteles, Santo Tomás e os mais famosos teólogos [...] francamente admitiam o *direito de resistência* e o de *revolução*.⁹⁸

Uma revolução pode começar com um ato de omissão ou uma ação coletiva, que deve atuar de forma a modificar determinada ordem vigente. Esta modificação pode operar em qualquer campo. A revolução deve servir e transformar a todos.

Para ilustrar e totalmente fora da discussão do direito de resistência, a denominada Revolução Industrial veio a transformar a questão do trabalho da Inglaterra para o mundo. Foi uma transformação que deu forma a uma reformulação do conceito de produção com a mecanização do sistema. Não deixou de ser, portanto, pelo nível das transformações ocorridas, uma revolução.

Em uma acepção jurídica, se pode considerar a transição do direito natural para o positivismo jurídico como uma revolução. A forma de interpretação da lei natural difere em muito da lei positiva, que é dogmática, expressiva, fria na sua interpretação, que calcada na proposição normativa codificada dá mais amparo à literalidade gramatical da lei. O desapego da exegese da interpretação da lei pela Escola Científica que tinha um dos seus expoentes Savigny foi, indubitavelmente, uma revolução. Pela primeira vez a lei deixava de ser interpretada pura e simplesmente pelo seu texto e passava a ser vista como um fenômeno social.⁹⁹

Mas, como a revolução aqui não se trata de qualquer mudança, e sim da confirmação de um direito que chegou a ser positivado, sua discussão no âmbito jurídico está condicionada a alguns elementos essenciais. Monteiro acrescenta:

Em outros termos, a revolução em sua acepção jurídica possuiria dois elementos essenciais: a ruptura com a ordem jurídica antecedente, sem qualquer limitação legal prévia, e inauguração de uma nova ordem jurídica, a ser expressa pelo conjunto das novas instituições criadas.¹⁰⁰

A revolução tal qual se quer abordar, comporta não apenas a transformação inevitável do direito natural em direito positivo nem a evolução do direito exegético para a aplicação da lei teleológica. Comporta também a quebra da

⁹⁸ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 224.

⁹⁹ COSTA, Dilvanir José da. *Curso de hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 75-76.

¹⁰⁰ MONTEIRO, op. cit., p. 85.

rigidez paradigmática do primado do absolutismo em prol de um Estado constitucionalizado. É uma forma de ruptura com determinada ordem jurídica.

A revolução serve exatamente para concretizar o poder de fato que possui o povo, ou seja, a chamada soberania popular. Sua supremacia frente ao ordenamento jurídico se estabelece justamente na medida em que os ideais de revolução tendem a modificar a ordem atualmente instituída por esta ferir a dignidade e subtrair as liberdades. Pensando em Constituição, é a instauração de um novo Poder Constituinte, deixando para trás um ordenamento em prol da criação de um novo. Teixeira confirma que mudanças constitucionais são uma forma de revolução:

Em todas as épocas, através de revoluções, têm-se fundado Estados [...]. Mediante revoluções desaparecem e surgem novas Constituições, revogam-se e modificam-se leis ordinárias; reformas políticas e jurídicas importantíssimas são introduzidas [...].¹⁰¹

Além de concentrar mudanças, a revolução se fez presente em textos constitucionais, como na Constituição francesa de 1793. O dispositivo de direito à revolução em uma Lei Fundamental é a certeza de que o Estado teme o seu povo, o respeita e a ele deve honrar.

Uma vez não previsto expressamente no texto constitucional de forma objetiva, a validade do direito à revolução de forma subjetiva igualmente encontra sua receptividade na Constituição. Garcia define:

Por final, 'é um direito de caráter e conteúdo não somente jurídico, mas também ético, moral, devendo, portanto, exercer-se sempre no sentido do Bem Comum e da defesa dos direitos fundamentais do homem, dos seus direitos políticos e da dignidade essencial da pessoa humana'.¹⁰²

A idéia de que a noção de revolução possa ser nociva para a formação do Estado, mesmo que invocada subjetivamente quando não existir previsão legal objetiva, não pode ser confundida com a organização do poder. Uma vez que o poder se torna opressor ou desvirtuado para com os princípios que assumiu para com o povo, cabe ao mesmo então derrubá-lo, exercitando o direito à revolução.

O direito à revolução não se fortaleceu de forma institucionalizada. Uma vez o Estado permitindo de forma solene este direito, a ordem constitucional

¹⁰¹ TEIXEIRA, op. cit., p. 235.

¹⁰² GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 154.

teria dificuldades em delimitá-lo.

Ao contrário de outros direitos, que se proliferaram à margem da revolução devido ao princípio da legalidade que foi se firmando cada vez mais dentro do ordenamento jurídico, em prol de um fortalecimento do Estado e do dever de obediência às leis, o direito à revolução foi perdendo sua intensidade pela pacificação cada vez maior que foi se instituindo.¹⁰³

A condição histórica de cada luta no sentido de exercitar o direito à revolução com o fundamento de se atribuir direitos é sinônimo de rompimento com o paradigma de obediência. Uma vez conferida a legitimidade de mudança revolucionária nada impede que um governo, para instituir ainda mais sua vertente opressora, proclame mudanças a seu favor, ou seja, aumentando o nível de autoritarismo sobre seus subordinados. E foi esta opressão do Estado traduzida na fórmula do absolutismo que deu início ao Liberalismo.

2.1.2 O Estado Liberal

Ao se analisar as declarações de direitos do período liberal, se pode constatar que tais documentos repetem muitos dos direitos declarados anteriormente em manifestos antigos. O que ocorre é uma dissociação das declarações deste período de elementos como a religião¹⁰⁴ e a moral que revestiam outras declarações, mesclando teorias e formando um arquétipo conceitual diferenciado.¹⁰⁵

O exercício do direito à revolução na contribuição para a institucionalização do Estado Liberal pode ser situado por três documentos que serviram como base para o Liberalismo: o *Bill of Rights* ocorrido na Inglaterra em 1689; a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776; e a Revolução

¹⁰³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 191.

¹⁰⁴ Embora o período revolucionário tenha consagrado ideais racionalistas, a religião não foi esquecida por completo do pensamento político. Exemplo disso é a equiparação do direito de resistência a um direito religioso e sagrado, como no art. 19 do primeiro projeto de Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão votada pela Convenção Nacional e que serviu de preâmbulo à Constituição de 24 de junho de 1793 da França. PAUPÉRIO, op. cit., p. 221.

¹⁰⁵ Estas Constituições antigas se limitavam a estabelecer regras de funcionamento das chamadas “cidades” e acrescentavam dispositivos que versavam sobre as tradições e os costumes. JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 16.

Francesa de 1789.¹⁰⁶ As mudanças advindas destas revoluções foram a confirmação do que muito já havia sido detalhado na teoria contratualista.¹⁰⁷

Este processo de idéias revolucionárias iniciou na Inglaterra, no século XVII, onde o país foi palco de muitas disputas fundamentadas por motivos religiosos. Para ilustrar, no ano de 1642, Carlos I foi executado na tentativa de restabelecer o Catolicismo como religião.¹⁰⁸

Mais tarde, o que desencadeou o movimento de 1689, conhecido como *Bill of Rights*, foi o nascimento de um herdeiro do rei Jaime II que daria continuidade ao Catolicismo. Com a fuga do rei para a França, o Parlamento Inglês se reuniu e declarou vago o trono. Desta forma, ele foi oferecido a Guilherme de Orange e Maria de Stuart, sua esposa, que era filha mais velha de Jaime II, adepta do Protestantismo. Ambos foram elevados a condição de soberanos com os nomes de Guilherme III e Maria II, somente após aceitarem e concordarem com o *Bill of Rights*, elevado a Lei Fundamental, rompendo com o paradigma da monarquia absolutista européia.¹⁰⁹

O *Bill of Rights* possui grande importância histórica. Além de fixar a separação dos poderes, instituiu o Parlamento Inglês como o grande defensor das liberdades públicas dos cidadãos frente ao governante. Foi, sem dúvidas, um documento revolucionário em sede de transformações de direitos.¹¹⁰

Em 1776, na América do Norte, as treze colônias inglesas declararam a independência, se constituindo, assim, como um grande passo para a institucionalização da democracia, firmando um regime constitucional com respeito aos direitos e garantias da pessoa humana.¹¹¹

¹⁰⁶ Não menos importantes foram a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, subscrito por Carlos II, ambos na Inglaterra. CAPEZ, Fernando, CHIMENTI, Ricardo Cunha, ROSA, Márcio F. Elias e SANTOS, Marisa F. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43.

¹⁰⁷ Apesar da distância de cem anos entre o movimento inglês que é de 1689 e a declaração de direitos francesa, os ingleses instituíram o marco importante da separação dos poderes, isolando o parlamento para funcionar com a finalidade de proteção dos súditos perante o rei e o tornando um órgão independente, diminuindo assim, os poderes governamentais e fortalecendo os direitos dos cidadãos, como o direito de petição e a proibição de penas cruéis. COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 90-93.

¹⁰⁸ Idem, p. 89.

¹⁰⁹ Idem, p. 89-90.

¹¹⁰ Idem, p. 93.

¹¹¹ Idem, p. 95.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos surgiu com o intuito de modificar as relações entre os homens, ou seja, consagrar princípios como a liberdade e a dignidade, como bem acrescenta Comparato:

O artigo I da Declaração que ‘o bom povo da Virgínia’ tornou pública, em 16 de julho de 1776, constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História. É o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos. A “busca da felicidade”, repetida na declaração de independência dos Estados Unidos, duas semanas após, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana. Uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações. Uma razão universal, como a própria pessoa humana.¹¹²

Esta revolução que além de aguçar a ruptura para com o absolutismo, pregou a “busca pela felicidade” como um despertar para um novo tempo. Era, como já mencionado, uma nova era que se inaugurava em termos de proteção de direitos.

A Declaração da Independência dos Estados Unidos foi calcada nos ideais igualitários e na concretização do governo através da vontade geral, como preceituou Rousseau.¹¹³ Comparato ainda menciona outras duas características:

As duas outras grandes características culturais da sociedade norte-americana decorreram naturalmente dessa cidadania igualitária: a defesa das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento popular.¹¹⁴

Como se percebe, a revolução de idéias liberais dentro da América do Norte estava diretamente ligada à resistência ao mau governante. Como nas transformações ocorridas na Inglaterra, o Calvinismo também foi influente de forma a provocar a independência da antiga colônia inglesa.¹¹⁵

Novamente na Europa alguns anos mais tarde, Aléxis de Tocqueville¹¹⁶ definiu o primeiro momento libertário francês de 1789 como “o tempo de juvenil entusiasmo, de orgulho, de paixões generosas e sinceras, tempo do qual, apesar de todos os erros, os homens iriam conservar eterna memória [...]”.¹¹⁷ A inegável presença do romantismo por trás da cortina de sangue que foi a Revolução Francesa, consagrou uma via dupla de interpretação. Ao mesmo tempo em que se

¹¹² COMPARATO, op. cit., p. 49.

¹¹³ Idem, p. 98.

¹¹⁴ Idem, ibidem.

¹¹⁵ Idem, p. 99.

¹¹⁶ Pensador e historiador francês, autor, dentre outras obras, de *A democracia na América*.

¹¹⁷ BOBBIO, 1992, op. cit., p. 86.

conceberam ideais libertários e estes ideais foram positivados criando direitos e garantias para os cidadãos, ela também foi um massacre violento ao povo francês. Comparato acrescenta:

O grande movimento que eclodiu na França em 1789 veio operar na palavra *revolução* uma mudança semântica de 180º. Desde então, o termo passou a ser usado para indicar uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, a instauração *ex novo* não apenas de um governo ou de um regime político, mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder que compõem sua estrutura. Os revolucionários já não são os que se revoltam para restaurar a antiga ordem política, mas os que lutam com todas as armas – inclusive e sobretudo a violência – para induzir o nascimento de uma sociedade sem precedentes históricos.¹¹⁸

A revolução visava a instauração de uma sociedade nova. Tanto o é que as mudanças não permaneceram apenas no plano da reformulação dos direitos do povo francês. Prova disto são as mudanças que ocorreram em outros campos do conhecimento. Um calendário novo foi criado, substituindo o até então vigente calendário Cristão. A idéia acabou por não vingar. No entanto, a Revolução Francesa trouxe o sistema métrico decimal calcado na matemática, em que pesos e medidas foram remodelados. Este novo sistema acabou por ser adotado em quase todo o mundo.¹¹⁹

A Revolução Francesa de 1789 também trouxe uma preocupação com o aspecto social, como bem traz Sarlet:

Costuma referir-se, ainda, a aspiração universal e abstrata da Declaração francesa e dos direitos nela reconhecidos, contrastando, assim, com o maior pragmatismo das Declarações americanas, sendo correto afirmar-se que a Declaração de 1789 não postulava a condição de uma Constituição, incorporando-se, posteriormente, aos preâmbulos das Constituições de 1791 e 1793 [...]. O certo é que, durante muito tempo, os direitos da Declaração francesa se encontravam virtualmente à disposição do legislador [...].¹²⁰

Com os direitos insculpidos no documento de 1789, se criou uma base a ser seguida e incorporada nas Cartas francesas subseqüentes, fazendo com que o espírito da Declaração servisse de referência para outros povos, proliferando as idéias revolucionárias nela transcritas para outras gerações.

Assim como nos movimentos ocorridos na Inglaterra e nos Estados Unidos, havia a preocupação para com a destituição do monarca opressor.

¹¹⁸ COMPARATO, op. cit., p. 125.

¹¹⁹ Idem, p. 126.

¹²⁰ SARLET, op. cit., p. 53.

Comparato destaca:

O grande problema político do movimento revolucionário francês foi, exatamente, o de encontrar um outro titular da soberania, ou poder supremo, em substituição ao monarca. A idéia de monarquia absoluta, combatida por todos os pensadores do 'século das luzes', tornou-se inaceitável para a nova classe ascendente, a burguesia. Tinha esta, de fato, sólidos argumentos para retomar o movimento histórico em favor da limitação de poderes aos governantes, iniciado na Baixa Idade Média [...].¹²¹

Os franceses, assim como os americanos de 1776, inspirados nas idéias de Santo Tomás de Aquino queriam, a todo custo, buscar limitações ao exercício do poder, reflexo de um absolutismo exercido pesadamente sobre as sociedades da época.

As revoluções liberais fizeram escola. Teixeira aponta que grandes movimentos revolucionários marcaram e ainda marcam época:

Aliás, o testemunho da História é mais que eloqüente a tal respeito, pois todas as grandes transformações políticas e sociais, pelas quais tem passado a humanidade, tiveram origem em movimentos revolucionários. Bastaria lembrar apenas as três grandes revoluções da época moderna – a Revolução Americana, a Revolução Francesa e a Revolução Russa – para não falarmos nas várias revoluções inglesas, cujos profundos efeitos nos regimes políticos, na vida social e nas próprias concepções de Direito e de Estado, entre todos os povos, nestes últimos duzentos anos, a ninguém é dado desconhecer.¹²²

Estas revoluções motivaram grandes transformações e a consagração do direito como ciência. Atribuir ao direito uma característica de passividade é contrariá-lo na sua essência. O direito não nasce de uma base filosófica pacífica. Há sempre um paradigma contrário, uma idéia rebelde, independente de ser boa ou ruim, mas contrária ao que se quer estabelecer como “de direito”. O direito se caracteriza como irreverente e relutante.

Entretanto, se pode afirmar que o Liberalismo ocorreu dentro de um plano formal, pois uma vez que o Estado através da Constituição se materializou como garantista de direitos da pessoa humana, sua efetivação e sua perfectibilização não obtiveram o mesmo sucesso. Buzanello explica:

Mas o Estado liberal é na verdade a dominação de uma minoria contra a maioria, pois a liberdade apregoada não é liberdade para todos, essa igualdade da liberdade é puramente formal, não real, para a maioria dos cidadãos. Então para poder manter as contradições sociais aplica os

¹²¹ COMPARATO, op. cit., p. 137.

¹²² TEIXEIRA, op. cit., p. 224.

instrumentos do Estado, a lei e o aparelho repressivo jurídico militar (administração, justiça, exército, polícia).¹²³

O verdadeiro objetivo do Estado Liberal não foi alcançado, pois este modelo acabou por não consolidar a igualdade para todos associada à liberdade tanto ovacionada. Permaneceu como um período de ideais. Foi mais uma época que se consolidou como revolucionária dotada do romantismo descrito por Tocqueville em que teve como ápice o movimento francês de 1789, um movimento notadamente de cunho social.¹²⁴

Através de mudanças de paradigmas, como foi a quebra com a rigidez monárquica absolutista em favor da sociedade civil da época, os direitos advindos desta fase inauguraram uma nova era, como bem acrescenta Miranda:

a) o *factor* determinante da abertura de cada era constitucional é, não a aprovação de uma Constituição formal (ou a *redacção* de uma constituição instrumental), mas o corte ou a contraposição frente à situação ou ao regime até então vigente, seja por meio de revolução, seja por outro meio;¹²⁵

Uma vez estabelecido este corte epistemológico frente à situação vigente do absolutismo, foi inaugurada a chamada era dos direitos fundamentais, uma época destinada à constitucionalização da idéia de direito, que é o que se passa a analisar a seguir.

2.2 A ERA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Instituído o Estado Liberal, sacramentou-se o nascimento dos direitos fundamentais. As justificativas que se mostram como inerentes ao nascimento destes direitos remontam às bases antigas do direito de resistência.

Santo Tomás de Aquino, um dos precursores do direito de resistência, aponta como de igual importância para o nascimento dos direitos fundamentais. Sua filosofia além de incluir a resistência como forma de direito, abarcava o direito natural como uma expressão da natureza racional do homem, por ser este direito próprio e inato do indivíduo, calcado no fundamento principiológico da dignidade da pessoa humana, direito consagrado como fundamental.¹²⁶

¹²³ BUZANELLO, op. cit., p. 17.

¹²⁴ TEIXEIRA, op. cit., p. 229-230.

¹²⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 72.

¹²⁶ SARLET, op. cit., p. 46.

A Reforma Protestante que fez parte da resistência religiosa se consagrou como a luta de liberdade de escolha de crença na Europa, direito também elevado a fundamental.¹²⁷

Ainda, Locke como um expoente do Contratualismo, foi um dos primeiros a teorizar sobre direitos como a vida, a liberdade, a propriedade e a resistência como inalienáveis e naturais do homem.¹²⁸

Foi necessário um desenvolvimento racional do pensamento acerca destes direitos, criando uma matriz que transformasse os direitos naturais do homem em dogmas positivos, combinando lei natural, lei positiva e a lei divina, postulados práticos da filosofia tomista.¹²⁹

Cabe ressaltar que o nascimento dos direitos fundamentais também está intimamente ligado às necessidades do homem da época, como bem demonstra Bobbio:

Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar [...].¹³⁰

Melhor considerar o surgimento dos direitos fundamentais sob dois aspectos. Primeiro, estabelecendo um marco temporal, que é atributo das revoluções liberais que declaravam a vida e a propriedade, por exemplo, como inalienáveis em texto escrito, transformando os direitos humanos em positivos, fundamentais da pessoa humana. Segundo, interpretando os direitos fundamentais como uma evolução do racionalismo do homem, que se valeu do direito à revolução para tentar incorporar no poder e na sociedade regras que estabelecessem direitos inerentes à sua própria existência.

O nascimento dos direitos fundamentais foi uma mudança de consciência, não se restringindo à mera destituição do poder e da substituição dos moldes de governos. Mendes, Coelho e Branco trazem a importância da temática dos direitos fundamentais:

¹²⁷ SARLET, op. cit., p. 50.

¹²⁸ Idem, p. 47-48.

¹²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 358.

¹³⁰ BOBBIO, 1992, op. cit., p. 18.

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.¹³¹

A Constituição consagrada de forma solene foi o deslinde normativo das transformações do pensamento da época. O reflexo das idéias que estiveram por trás dos movimentos liberais, propunha transformações sociopolíticas. Pregava-se não apenas a substituição de um poder por outro como faziam os tiranícidas, mas sim a troca por uma nova ordem. Era o nascimento, também do constitucionalismo europeu, como bem pontua Capez Et al.:

Constitucionalismo é o movimento político e jurídico que visa estabelecer regimes constitucionais, ou seja, um sistema no qual o governo tem seus limites traçados em Constituições escritas. É a antítese do absolutismo, do despotismo, nos quais prevalece a vontade do governante.¹³²

Os direitos fundamentais, inicialmente considerados como direitos humanos, deram um grande passo no seu reconhecimento a partir do momento em que começaram a ser positivados em Constituições. Torres acrescenta:

Os direitos humanos se aproximam do conceito de direitos fundamentais, pois se referem aos direitos decorrentes da própria natureza dos homens. Apresentam parentesco maior com os que se afirmam no campo das relações internacionais e se explicitam nas declarações universais e nas convenções entre os diversos países. Mas nada desaconselha que a expressão seja tomada como sinônimo de direitos fundamentais e de direitos da liberdade, que lhes servem de fonte de legitimação, inclusive quanto ao aspecto da necessidade de proteção positiva mínima do Estado [...].¹³³

Após as mudanças advindas das revoluções burguesas, houve uma instituição de alterações de cunho político. Inegável que os direitos fundamentais chegavam a sua institucionalização. O próximo passo seria dado por estes direitos ao adentrarem nos textos constitucionais para se fazer valerem como dispositivos expressos. Caminho análogo seguiu o direito de resistência, sendo positivado em Constituições, como se irá ver adiante.

Inicialmente, cumpre destacar as teorias acerca da paternidade

¹³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 232-233.

¹³² CAPEZ Et al., op. cit., p. 05.

¹³³ TORRES, Ricardo Lobo. Direitos fundamentais. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 243.

histórica dos direitos fundamentais, como forma de situá-los temporalmente, partindo-se a seguir para o posicionamento destes direitos divididos em dimensões, classificação doutrinária que lhes é atribuída.

Alguns problemas contemporâneos na seara destes direitos também são considerados. Finalmente, necessário se faz dividi-los em direitos fundamentais formais e materiais de forma a introduzir a uma melhor compreensão dos chamados direitos “não enumerados”.

2.2.1 A paternidade histórica dos direitos fundamentais

A idéia de se fixar um marco espacial de surgimento dos direitos fundamentais se apresenta como de difícil precisão. Assim como o direito de resistência evoluiu do pensamento antigo perpassando por várias fases, da mesma forma os direitos fundamentais percorreram trajetória análoga, sendo os seus primórdios encontrados na idéia do homem livre, dentro da etapa conhecida como direito natural.

No entanto, com o advento do Liberalismo, em que pese a ausência da concretização dos direitos fundamentais, se pode afirmar que se inaugurou no tempo a era destes direitos. Evidentemente, surgiram teorias acerca de qual movimento histórico estaria atrelada a primeira manifestação dos direitos fundamentais. Sarlet explica:

A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.¹³⁴

A atribuição histórica da paternidade dos direitos fundamentais se deu pela incorporação das idéias contidas nos documentos ingleses do século XVII nas colônias americanas pela proximidade cultural entre os povos.

Há quem menospreze o dissídio da paternidade. Pérez Lindo, com propriedade, coloca:

Não tem uma data e um lugar de origem, como erradamente sustentam aqueles que afirmam que os direitos humanos foram descobertos pelos “jus-naturalistas” do século XVII ou pelas declarações

¹³⁴ SARLET, op. cit., p. 51.

liberais burguesas a partir do século XVIII. *A liberdade e a solidariedade são inerentes à condição humana, ainda que suas possibilidades se desenvolvam historicamente.*¹³⁵

A afirmação de que os direitos fundamentais não refletem exatamente movimentos políticos e revolucionários fica centrada na inerência destes direitos à personalidade humana e sua condição de existência no mundo. Esta concepção não deixa de ser coerente, pois a própria resistência como se quer tratar faz parte da natureza anti-opressora do ser humano.

Como se percebe, o direito de resistência vai, aos poucos, comportando todos os elementos de um direito fundamental ao passo que a trajetória destes direitos foi se materializando.

Sem menosprezar a idéia contrária de Pérez Lindo, um marco temporal sempre foi capaz de fixar parâmetros de avaliação das mudanças na sociedade e no Estado. Conseqüentemente, no direito, não se pode afastar por completo este dissídio doutrinário acerca da paternidade histórica dos direitos fundamentais atrelada aos movimentos que destacaram estes direitos.

O que qualifica um movimento mais próximo da idéia de direitos fundamentais é o conteúdo de cada movimento e as razões pelas quais cada um se firmou como bem traz Comparato:

O estilo abstrato e generalizante distingue, nitidamente, a Declaração de 1789 dos *bill of rights* dos Estados Unidos. Os americanos, em regra, com a notável exceção, ainda aí, de Thomas Jefferson, estavam mais interessados em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que em levar a idéia de liberdade a outros povos. Aliás, o sentido que atribuíam a sua *revolution*, [...] era essencialmente o de uma restauração das antigas liberdades e costumes, na linha de sua própria tradição histórica.¹³⁶

Ou seja, os americanos tinham com maior preocupação a declaração de sua independência, e se firmar como um país livre da Inglaterra. Já os franceses pelo conteúdo da sua declaração e pela adoção do trinômio “liberdade, igualdade e fraternidade” estavam, nitidamente, mais preocupados com a proliferação de direitos que irradiassem estas idéias. Muito mais próxima de uma paternidade em termos de direitos fundamentais a Declaração Francesa do que a Declaração de

¹³⁵ PÉREZ LINDO, Augusto. *A era das mutações: cenários e filosofias de mudanças do mundo*. Piracicaba: UNIMEP, 2000, p. 284.

¹³⁶ COMPARATO, op. cit., p. 129.

Independência Americana, e ainda maior a distância do *Bill of Rights* inglês que propunha por resolver questões internas da própria monarquia inglesa.

Todos estes movimentos a que se quer atribuir uma paternidade histórica aos direitos fundamentais se encerram como de igual importância para o direito de resistência. Em todos os atos narrados há uma contraposição a uma ideia de direito vigente.

Em que pese o dissídio da paternidade histórica dos direitos fundamentais, calha ressaltar que o poder era exercido pelo soberano absolutista, ou seja, a luta em todos os movimentos se deu em face de um governo que rompeu com os limites do contrato. Esta a característica que une o nascimento dos direitos fundamentais e dá substrato ao direito de resistência.

2.2.2 As dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais também são reconhecidamente não definitivos, ou seja, predispostos a mudanças. Estas mudanças não operam na sua eficácia, mas sim nos seus conceitos temporais.

Desta feita, se tornou célebre a discussão acerca da terminologia e da classificação dos direitos fundamentais em gerações e/ou dimensões.¹³⁷ Muito embora se saiba que os direitos fundamentais remetem a uma noção de complementaridade, ou seja, não podem ser substituídos por outros por simples deliberação legislativa ou vontade geral pela sua natureza universal a que estão vinculados, a classificação a que se sujeitam reflete a importância de se compreender tais direitos de forma a atribuir aos mesmos um referencial histórico e evolutivo. Lopes acrescenta:

Não há exclusão ou extinção de direitos, senão, permanência e acumulação. Os direitos das gerações anteriores continuam com eficácia plena, formando a base sobre a qual assentam-se novos direitos. Na verdade, trata-se essencialmente de uma confusão de ordem terminológica não havendo, a rigor, contradição, pois não há em princípio, discussão em relação à permanência ou ao conteúdo das dimensões ou gerações de direitos: [...].¹³⁸

¹³⁷ Alguns autores adotam a terminologia “dimensões” ao invés de “gerações”, o que se mostra irrelevante nesta análise. Sarlet defende a “fantasia das chamadas gerações de direitos”, não só na seara terminológica como também na questão de que tais direitos seriam substituídos por outros em uma espécie de procriação. SARLET, op. cit., p. 54.

¹³⁸ LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001, p. 62-63.

Mais uma restou afastada a duplicidade terminológica como um conflito. Os direitos fundamentais devem ser vistos como um todo, acrescentando na ordem constitucional normativa vigente sua importância em relação à sociedade. Este elemento, a sociedade, é passível de transformação e adequação. Os direitos fundamentais permanecem presentes.

Os direitos fundamentais devem, portanto, se completar. Sendo assim, o termo “dimensão de direitos” se consolida como mais apropriado do que o termo “geração de direitos”. Até porque, se esta segunda terminologia fosse adotada, restariam como ineficientes os direitos fundamentais negativos, de oposição ao Estado. Desta feita, o próprio direito de resistência não possuiria fundamento para ser invocado, por ser análogo à condição de direito natural. Pérez Luño reforça:

Una concepción generacional de los derechos humanos implica, en suma, reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos.¹³⁹

Mesmo que se faça a separação entre direitos individuais e direitos sociais, por exemplo, não há como permitir que se faça uma análise estanque de cada catálogo. Em que pese existirem separações de direitos em determinada Constituição, notadamente e contemporaneamente, o rol destes direitos é considerado como não exaustivo e não taxativo.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão vieram nitidamente com os movimentos liberais. Foram os chamados direitos individuais, que eram postulados práticos de direito negativo, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo em face do Estado. Ostentavam também uma pretensão universalista.¹⁴⁰ A primeira dimensão dos direitos fundamentais ficou marcada como uma dimensão individualista.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão também são os chamados “direitos de defesa”.¹⁴¹ O direito de resistência, como mencionado, faz parte desta primeira dimensão. Bonavides conceitua:

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades

¹³⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 543.

¹⁴⁰ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 233.

¹⁴¹ SARLET, op. cit., p. 56.

ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.¹⁴²

A principal função dos direitos fundamentais de primeira dimensão é separar a sociedade do Estado, conferindo, de fato, o *status* de liberdades negativas atribuídos a tais direitos. Sarlet complementa: “Assumem particular relevo no rol destes direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei”.¹⁴³

Esta inspiração do direito natural à primeira dimensão de direitos é confirmada por Lopes:

Foram os primeiros direitos do homem a serem positivados e têm como fundamento a famosa hipótese do estado de natureza, que foi, na verdade [...] uma mera ficção doutrinária destinada a justificar esses direitos como inerentes à própria natureza humana. A característica comum destes direitos é terem como titular o indivíduo [...].¹⁴⁴

Daí percebe-se o quão importante foi a matriz contratualista. Nela ficou atribuída a importância aos direitos de primeira dimensão que se fixaram como um reflexo do direito natural e individual do cidadão. O estado de natureza, preconizado pela teoria hobbesiana, consagrou a luta individualista de cada um e acabou por inspirar, mais adiante, a luta frente ao Estado.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão evoluíram conforme o Estado evoluiu e passaram a integralizar a esfera do indivíduo, no conceito denominado de “Estado de bem-estar social”.¹⁴⁵ A liberdade deixou de ser negativa, ou seja, não confrontaria o Estado e passaria a ser proporcionada por ele. Constituições como a da França de 1793 já mencionava esta dimensão, comportando direitos à saúde, à educação e ao trabalho.¹⁴⁶

Aqui cabe particular observação introdutória quanto a estes direitos dentro da ordem constitucional brasileira. Embora a Constituição Federal de 1988 seja um documento analítico, que assegurou uma grande quantidade de direitos, estes direitos de segunda dimensão se perderam na programaticidade.¹⁴⁷ E o

¹⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 517.

¹⁴³ SARLET, op. cit., p. 56.

¹⁴⁴ LOPES, op. cit., p. 63.

¹⁴⁵ O denominado *Welfare State*.

¹⁴⁶ SARLET, op. cit., p. 57.

¹⁴⁷ Seriam as normas que traçam programas, não regulando diretamente interesses ou direitos nelas consagrados. São propriamente preceitos que o Poder Público deveria cumprir. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 14.

Estado brasileiro tem dificuldades para tornar eficazes tais direitos, os garantindo no corpo constitucional, mas não atribuindo aos mesmos à eficácia que deles se espera.

Quanto à próxima categoria, classificada como direitos fundamentais de terceira dimensão, Bonavides acrescenta:

Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.¹⁴⁸

As dimensões de direitos são claras alusões ao trinômio libertário francês, sendo que esta última dimensão é conhecida como inerente aos direitos de fraternidade, pois coloca em análise a condição humana e tudo o mais que possa fortalecer a existência do indivíduo no mundo em que vive como o direito ao meio ambiente equilibrado, importante discussão atual.¹⁴⁹

A questão dos direitos fundamentais, além de problematizar sua definição terminológica, também se expande de maneira a inferir em uma quarta e quinta dimensão, trazendo como fundamentais a democracia e a informação, resultado de um processo de institucionalização do caráter universal preliminar da formação dos direitos fundamentais.¹⁵⁰ Esta separação dimensional de direitos, especialmente no tocante à quarta etapa, reflete a intenção de se ver concretizada a democracia que adveio após as crises do Estado e que não se firmou de maneira igual a todos.

As dimensões de direitos são conseqüências para se estabelecer as conquistas do indivíduo ao longo da institucionalização destes mesmos direitos. As primeiras dimensões, como mencionado, não são substituídas pelas demais e assim sucessivamente. A construção dos direitos em dimensões reflete uma noção de complementaridade. Como não se podem abolir as liberdades negativas, ou os direitos fundamentais de primeira dimensão, como o direito de resistência, há de se agregar a estes direitos outros direitos fundamentais, nunca abandonando a idéia inicial trazida do direito natural que tão pesadamente se encontra em desvantagem

¹⁴⁸ BONAVIDES, 1999, op. cit., p. 523.

¹⁴⁹ Idem, ibidem.

¹⁵⁰ SARLET, op. cit., p. 60.

nos tratados constitucionais de hoje.

Além de restar como condicionado a uma primeira dimensão de direitos, o direito de resistência não perde sua carga axiológica através das demais dimensões. Isto por estar ligado indissociavelmente à democracia e à cidadania, questões mais do que contemporâneas.

Com isto se quer demonstrar a constante presença do direito de resistência através das denominadas dimensões de direitos.

2.2.3 Alguns problemas contemporâneos dos direitos fundamentais

Atualmente, os direitos fundamentais merecem especial atenção no tocante à sua aplicação e reconhecimento, pois sua nomenclatura gera problematizações.¹⁵¹

Estes problemas vão de encontro às dificuldades que estes direitos enfrentam. Merecem especial atenção, pois, no tocante ao direito de resistência, inferem diretamente.

A classificação destes problemas subdivide-se em epistêmicos, substanciais e institucionais¹⁵², e derivam, como se irá ver mais adiante, de uma carência de interpretação da ordem constitucional comparada pelo direito constitucional brasileiro.

Os problemas epistêmicos são o do reconhecimento dos direitos fundamentais em escala universal de forma objetiva. Sabe-se que existem barreiras culturais que modificam o *status* de um direito fundamental, dificultando sua universalidade e gerando ruídos na sua aplicabilidade.¹⁵³

No tocante ao problema substancial, uma pergunta pode ser formulada com o intuito de trazer consigo uma resposta. Quais seriam necessariamente os nominados direitos fundamentais? À indagação se pode responder com a nomenclatura de uma série de direitos, da primeira à quarta ou quinta dimensão, dos individuais ou de solidariedade, perpassando pelos direitos fundamentais sociais.

¹⁵¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 42-44.

¹⁵² Os problemas são levantados em tópicos diferentes e estruturados por Alexy, mas não são diretamente derivados de uma teoria própria do autor.

¹⁵³ Pannikar aduz a necessidade de se achar um denominador comum em sede de direitos humanos que ele chama de coeficiente homeomórfico, ou seja, uma linguagem para se alcançar os direitos humanos de forma igual em culturas diferentes. PANNIKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 209.

Com isso se perde a noção estritamente fechada do que são direitos fundamentais.¹⁵⁴

O problema da institucionalização destes direitos gera o questionamento de que os direitos fundamentais devem seguir uma ordem positiva. Em que pese existir uma Declaração Universal dos Direitos do Homem, a aplicação em sede de Estados particulares deste tipo de norma necessita do direito positivo interno destes Estados para provocar uma irradiação eficaz e válida do conteúdo declarado universalmente como um direito fundamental.

Do mesmo modo, o direito de resistência também sofre da problemática que os outros direitos fundamentais possuem. O problema epistêmico é nítido quando se trata do direito de resistência, uma vez que se acentua aqui a questão do paradoxo do Estado permitir a resistência contra si em uma Constituição. Não existe uma uniformização objetiva do direito de resistência enquanto direito fundamental.

Igualmente, a substancialidade do direito de resistência, considerado no seu estado primitivo como a mera destituição do governante do poder, enfrenta a transição dos direitos fundamentais, correndo o risco de ser superado por outra dimensão de direitos incapaz de incluí-lo. No entanto, o direito de resistência ultrapassa esta classificação e se mantém firme na atualidade pela motivação óbvia de que em um Estado existirá sempre a figura do governante que ao se tornar tirânico e usurpador legitimará o direito de resistência. A substancialidade do direito de resistência é materializável, dependendo apenas do ordenamento constitucional aceitá-lo ou não, pois é um direito mais do que reconhecido.

Ainda, institucionalmente, o direito de resistência à luz dos direitos fundamentais, em tese, enfrenta o mesmo problema de necessitar estar positivado para surtir os efeitos que dele se espera. Talvez este seja o maior problema do direito de resistência enquanto direito fundamental.

Em que pese o direito de resistência estar alocado como um direito fundamental, primeiramente pela sua característica inarredável de direito natural, os problemas a que está sujeito são idênticos aos que outros direitos fundamentais estão passíveis de enfrentar, necessitando de uma abordagem expressa nos textos

¹⁵⁴ Quanto à problemática da substancialidade, Bobbio defende que não cabe mais analisar quais e quantos são os direitos humanos ou fundamentais, mas sim a garantia de sua efetividade. BOBBIO, 1992, op. cit., p. 25.

constitucionais para se fazer valer como um autêntico direito de primeira dimensão.

O esquecimento dos direitos fundamentais, especialmente do direito de resistência nesta acepção, reúne todos os outros problemas descritos, como a consequência mais danosa deste que é um dos direitos mais importantes da construção de toda uma era de direitos.

2.2.4 Direitos formalmente e materialmente fundamentais

Os direitos fundamentais previstos de forma explícita em uma Constituição estão protegidos por normas de valor constitucional formal. No entanto, nada obsta que direitos fundamentais estejam constitucionalmente previstos através de leis e regras aplicáveis advindas de outros ordenamentos jurídicos. São os denominados direitos fundamentais materiais. Sarlet destaca esta diferenciação:

A distinção entre direitos fundamentais no sentido formal e material não tem sido objeto de muitos estudos e grandes divergências doutrinárias, ao menos no âmbito da literatura luso-brasileira. De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de K. Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador – Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais [...]. Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.¹⁵⁵

Percebe-se uma distinção valorativa dada a importância dos direitos fundamentais para a Constituição. Isto faz repensar a existência de um catálogo fechado destes direitos, pois se pode muito bem conglomerar ambas as classificações e obter destes direitos a eficácia e a validade que deles se esperam. Miranda acrescenta:

Esta dupla noção – pois os dois sentidos podem ou devem não coincidir – pretende-se susceptível de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear a atenção das concepções de direitos fundamentais com as idéias de Direito, os regimes políticos e as ideologias.¹⁵⁶

Segundo esta conceituação que se pretende dar aos direitos fundamentais, é que ambos operam em uma matriz única, eficaz pela sua

¹⁵⁵ SARLET, op. cit., p. 94-95.

¹⁵⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 07-08.

natureza de proteção, não devendo se diferenciar ambos os conceitos sob pena de incorrer em uma interpretação prejudicial.

Isto ganha maior força dentro de uma idéia consistente de Estado Democrático de Direito, onde os pilares de sustentabilidade da Constituição são os direitos fundamentais. Sarlet complementa:

Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se, [...] em autêntica 'reserva de justiça', em parâmetro de legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal.¹⁵⁷

Como visto, separar direitos fundamentais formais de materiais se torna tarefa arduosa. Da mesma forma, a Constituição é única, diferente de uma lei, que pode ser constitucional ou não. A Constituição além de ser diferente de outras leis por ser a lei maior, a que está no topo da pirâmide desenhada por Hans Kelsen, “deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”.¹⁵⁸ E se a Constituição é o receptáculo dos direitos fundamentais é nela que se espera que se irradie efetividade no tocante a estes direitos.

A proposta de uma não diferenciação entre direitos formalmente e materialmente fundamentais perpassa por uma abertura no catálogo constitucional que trata destes direitos. Trata-se dos direitos que estão previstos de forma implícita, onde o direito de resistência ganha especial destaque como se irá demonstrar.

Certo modo, a posição doutrinária entre materialidade e formalidade dos direitos fundamentais aparentemente pouco representa em termos de significado destes direitos para quem os usufrui. Deve-se observar que a evolução da irradiação de um só conceito de direitos fundamentais representa a evolução da democracia e da cidadania, princípios vigentes em todo Estado Democrático de Direito.

A questão da formalidade e da materialidade dos direitos fundamentais teve sua origem no constitucionalismo americano, com a criação da chamada “cláusula aberta”, que acabou por ser adotada em várias Constituições no sentido de chamar para dentro do ordenamento de cada país, direitos fundamentais de fora.

Isto se materializou com a aprovação da Emenda IX à Constituição

¹⁵⁷ SARLET, op. cit., p. 71.

¹⁵⁸ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 08.

Americana de 1787 (que passou a vigorar em 1788), e que trazia a seguinte redação: “A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo”.¹⁵⁹ Com este texto foi se firmando o entendimento de que os direitos fundamentais não estão arrolados de forma estanque, podendo ocorrer uma interligação entre diversos ordenamentos constitucionais. Isto ganhará maior destaque quando se debater a questão do direito de resistência dentro do ordenamento constitucional brasileiro.

Portanto, a materialidade e a formalidade dos direitos fundamentais interessam ao direito de resistência ao passo que desta dicotomia se pode estabelecer uma base concreta de aplicabilidade deste direito, tanto em uma matriz aberta ou material, tanto em uma matriz fechada ou formal, tópicos a serem explorados de forma independente no terceiro capítulo.

2.3 O DIREITO DE RESISTÊNCIA EM ALGUMAS CONSTITUIÇÕES E NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM

Após o período revolucionário liberal e o nascimento de uma era de direitos fundamentais, o direito de resistência acabou se firmando explicitamente em algumas Constituições.

O surgimento do direito de resistência constitucionalizado veio com as mudanças estabelecidas nos Estados Unidos e na França, como bem traz Lafer:

Os norte-americanos de 1776 e os franceses de 1789, que promoveram revoluções inspiradas pela legitimidade da resistência à opressão prevista no paradigma do Direito Natural, procuraram, num primeiro momento, positivizar o direito de resistência com o objetivo de conferir uma dimensão permanente e segura à rebelião dos indivíduos contra o poder arbitrário dos governantes, tornando, desta maneira, lícito o direito subjetivo de desobediência à lei injusta.¹⁶⁰

O direito de resistência no constitucionalismo americano adentrou as Cartas constitucionais estaduais, por conta da autonomia estatal da composição orgânica do poder.

Mais adiante, outros dois países que recepcionaram de forma explícita o direito de resistência foram a Alemanha e Portugal.

Igualmente, o direito de resistência passou a ocupar espaço na

¹⁵⁹ GARCIA, op. cit., p. 212.

¹⁶⁰ LAFER, op. cit., p. 190.

Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que veio para amenizar os efeitos do pós Segunda Guerra Mundial.

Estes textos devem servir como parâmetro de positivação e interpretação do direito de resistência contemporaneamente, com a previsão expressa de alterar, abolir ou até mesmo instituir um novo governo em face da opressão. Passa-se à análise compartimentalizada de cada um deles.

2.3.1 O direito de resistência no constitucionalismo americano

A Declaração de Independência dos Estados Unidos de 04 de julho de 1776¹⁶¹ reconheceu o direito do povo de abolir um governo quando este não mais o respeitar: “Quando uma longa série de abusos e de usurpações, tendendo invariavelmente para o mesmo fim, marca o desígnio de submeter os homens ao despotismo absoluto, é de seu direito, é de seu dever rejeitar um tal governo (...)”.¹⁶²

Na esteira do decreto de independência, as Constituições estaduais americanas como de Massachusetts, de 1780, já em seu preâmbulo, pregava a proteção do direito de resistência e dos demais direitos naturais dos indivíduos.¹⁶³ Como a natureza do preâmbulo constitucional é fornecer um norte interpretativo das normas constitucionais¹⁶⁴, não se constituindo como de relevância jurídica nem de força normativa, não criando direitos e obrigações, se pode afirmar que a Constituição do estado americano era orientada para uma concretização do direito de resistência.

Igualmente, a Constituição do estado de Maryland trazia taxativamente em seu art. 4º que “a doutrina da não resistência ao poder arbitrário e à opressão é absurda, servil e destruidora do bem e da felicidade da humanidade”.¹⁶⁵

Ainda, a Constituição do estado da Virgínia, já no ano de 1902, em uma prova do apego à norma do direito de resistência e sua manutenção através das dimensões de direitos, proclamava que caberia ao povo instituir mudanças. Paupério explica:

¹⁶¹ O documento americano de 1776 foi o pioneiro no reconhecimento da existência de direitos comuns a todo ser humano, ignorando sexo, raça, religião, cultura e posição social. COMPARATO, op. cit., p. 103.

¹⁶² PAUPÉRIO, op. cit., p. 220.

¹⁶³ Idem, ibidem.

¹⁶⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 76-77.

¹⁶⁵ PAUPÉRIO, op. cit., p. 220.

Se um governo fosse algum dia reconhecido inadequado ou contrário a esses fins, uma maioria da coletividade teria um direito incontestável, inalienável e imprescritível de reformá-lo, mudá-lo, aboli-lo, pela maneira que julgasse mais útil ao bem público.¹⁶⁶

Explicitamente o direito de resistência se fez positivado nos textos americanos, perdurando desde a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 até as Constituições estaduais, se mantendo como uma norma de direito fundamental à disposição do cidadão.

No século passado, isto acabou por se materializar no teor do Decreto sobre Segurança do Presidente Eisenhower, onde há um juramento solene: “Declaro que apoiarei e defenderei a Constituição dos Estados Unidos contra todos os seus inimigos, externos e internos, e que o farei com sinceridade e lealdade”. Bem verdade que o Decreto cuida do servidor público federal americano e é datado de 1953, oito anos após o final da Segunda Guerra Mundial, o que pode ser interpretado à margem do direito de resistência tal qual se quer conceituar devido às políticas americanas imperialistas e nacionalistas.

Mesmo considerando esta hipótese, o Decreto, pela letra fria do seu texto, se constituiu como um exemplo de respeito à nação acima do poder que nela se concentra, pois traz, inclusive, a possibilidade de existirem inimigos “internos”.¹⁶⁷

2.3.2 O direito de resistência no constitucionalismo francês

A Declaração Francesa de 1789 foi o documento liberal que estabeleceu o direito de resistência à opressão junto a outros direitos interpretados como fundamentais.¹⁶⁸ Alocado junto a princípios como o da liberdade e da segurança, foi tratado pelos legisladores como um direito natural e imprescindível. Na esteira do pensamento revolucionário da França da época, alguns parlamentares desenvolveram projetos discutindo a resistência, garantindo ao cidadão, o direito de “matar um usurpador”.¹⁶⁹

Em 1791, se consagrou na Constituição francesa da época, o direito de resistência legal, ou seja, limitando o dispositivo à legitimidade de exercício dentro

¹⁶⁶ PAUPÉRIO, op. cit., p. 220.

¹⁶⁷ Idem, p. 220-221.

¹⁶⁸ ARAÚJO, op. cit., p. 74.

¹⁶⁹ PAUPÉRIO, op. cit., p. 222.

de certos parâmetros, subtraindo do seu conjunto o perfil de direito fundamental, diferentemente de 1789.¹⁷⁰

A Constituição da França de 1793 evoluiu a temática e transformou a resistência em um dever do cidadão, em uma nova guinada na sua interpretação, além de trazer inovações. Buzanello explica:

A Constituição de 1793 proclama o direito e dever individual de resistência (art. 27), isto é, o novo direito de resistência vem não somente qualificado como direito, mas também como dever construído como exercício legítimo do direito.¹⁷¹

Além de restar estabelecido como um direito, a resistência se firma como um dever e, este mesmo texto, faz um adendo ao espírito libertário da legislação da época quando permite o direito à revolução. Este direito trouxe consagrado o dever de insurgência do povo francês em face de um governo tirânico, remontando às bases da resistência antiga.¹⁷²

Apesar de inovar na garantia revolucionária, as Cartas francesas que se seguiram, lentamente foram abolindo de seu texto a resistência pelo “fato de importar num grande perigo e dar lugar a muitos abusos”, confirmando a já mencionada característica paradoxal deste direito.¹⁷³ Esta iniciativa de retirar a resistência dos textos constitucionais que vieram após, se deu ao nivelamento que a revolução trouxe à sociedade, consagrando o princípio da igualdade.¹⁷⁴

Em referência à evolução do direito de resistência dentro da ordem constitucional francesa houve um grande retrocesso na Constituição de 1795, após sua positivação em Cartas anteriores. Paupério, com propriedade, esclarece:

Na Declaração dos Direitos e dos Deveres do Homem e do Cidadão anexa à Constituição da República Francesa de 1795, já não há menção ao referido direito, preferencialmente substituído pelos deveres de obediência às leis e pela proibição de qualquer ajuntamento armado ou não-armado.¹⁷⁵

¹⁷⁰ A Constituição Girondina de 1791 deslocou a resistência para os artigos 31 e 32, mencionando em seu texto a necessidade de meios legais para se oferecer a resistência. PAUPÉRIO, op. cit., p. 221.

¹⁷¹ BUZANELLO, op. cit., p. 92.

¹⁷² O art. 29 é claro no sentido de invocar a mudança revolucionária a qualquer custo: “Em todo governo livre, os homens devem ter um meio legal de resistir à opressão, e quando este meio é impotente a insurreição é o mais santo dos deveres.” PAUPÉRIO, op. cit., p. 221.

¹⁷³ BUZANELLO, op. cit., p. 92.

¹⁷⁴ REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 206.

¹⁷⁵ PAUPÉRIO, op. cit., p. 223.

Ficou evidente a tentativa dos constituintes em manterem, acima de tudo, a paz social.

Na Carta francesa de 1799 também não se fazia menção ao direito de resistir à opressão e, inclusive, havia a previsão de suspensão dos direitos individuais no caso de prática da resistência.

Em 1814, no preâmbulo da Constituição francesa da época, restava claro que “Quando a violência arranca quaisquer concessões da fraqueza do governo, a liberdade pública não está em menos perigo do que o próprio trono”.¹⁷⁶

Igualmente no Ato Adicional à Constituição do Império e a Declaração dos Direitos Franceses e dos Princípios Fundamentais, ambos de 1815, a Carta Constitucional de 1830 e a Constituição da República Francesa de 1848 não havia prerrogativa explícita do direito de resistência que remontasse ao art. 2º do documento de 1789.¹⁷⁷

2.3.3 O direito de resistência no constitucionalismo alemão

No constitucionalismo alemão, o direito de resistência obteve um alcance idealista como em outras Constituições que passaram a vigorar após os textos nascidos do Liberalismo. As constituições de Hessen, Bremen e Berlim, todas do pós-guerra, admitiram expressamente a resistência.¹⁷⁸

A Constituição de Bonn de 1949 se situava no plano de que os direitos naturais eram superiores ao Estado, pois anteriores à formação do mesmo, em um claro respeito às bases do direito natural. Sob esta ótica, estes direitos foram consagrados, mesmo que implicitamente, como prioritários.¹⁷⁹

O texto da Constituição de Bonn fixou a seguinte redação: “Não havendo outra alternativa, todos os alemães têm o direito de resistir contra quem tentar subverter esta ordem”. Em que pese esta norma ser constitucionalmente válida, sua positivação soa novamente como mais uma consequência do pós-guerra e menos como um respeito aos direitos naturais.¹⁸⁰

¹⁷⁶ PAUPÉRIO, op. cit., p. 223.

¹⁷⁷ Idem, ibidem.

¹⁷⁸ ARAÚJO, op. cit., p. 75.

¹⁷⁹ Idem, p. 75-76.

¹⁸⁰ Idem, ibidem.

Da mesma forma o Tribunal Constitucional Federal Alemão reconheceu o direito de resistência ao considerar o Estado de forma ampla como protetor dos cidadãos, inclusive no que diz respeito a valores sociais como a educação, colocando-os fortemente ligados aos direitos negativos, como a liberdade em face do Estado.¹⁸¹

2.3.4 O direito de resistência no constitucionalismo português

O constitucionalismo português consagrou o direito de resistência de forma explícita desde o texto de 1838, passando pelas Constituições de 1911, de 1933 e de 1976, esta última revista em 1982. O texto traz afixado em seu art. 21: “Todos têm o direito de resistir a 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”.¹⁸²

As decisões no sentido de se fazer valer o art. 21 da Constituição portuguesa atribuem ao direito de resistência natureza intrinsecamente pessoal na sua aplicação quando o cidadão se acha molestado pelo aparato público.¹⁸³

O direito de resistência na Constituição portuguesa está inserido nos meios de defesa não jurisdicionais, assim como o direito de petição aos órgãos públicos, direito a um procedimento justo, entre outros. É considerado como a última opção para o cidadão que teve seus direitos fundamentais violados. Apesar da aplicabilidade individual do direito de resistência no ordenamento constitucional

¹⁸¹ No presente caso o Tribunal Constitucional Federal Alemão reconhece o direito de resistência no tocante à formação universitária de cada cidadão, tendo cada um o direito de escolha dos melhores professores para uma melhor formação profissional. MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Mastergraf, 2005, p. 659-661.

¹⁸² ARAÚJO, op. cit., p. 76.

¹⁸³ O direito de resistência é aplicado constantemente pelos tribunais portugueses. Segue “sumário” de acórdão de um recurso penal do Tribunal Regional de Évora (processo n.º 46/01.1TASTB, Relator Alberto Borges): “I. No crime de coacção visa-se proteger, com a incriminação, a autonomia intencional do Estado, ou seja, pretende evitar-se que não funcionários ponham entraves à livre execução das intenções estaduais; II. Se o acto praticado pelo agente da autoridade for manifestamente ilegal é legítima a resistência, em defesa de direito próprio ou alheio - se a conduta do agente é ilegal (manifestamente ilegal) não pode afirmar-se que a resistência à mesma ponha em causa a referida autonomia, que se supõe exercida em conformidade com a lei e no âmbito da função de que os seus agentes estão investidos”. PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/6dcc90d0a84504a380256f3800399ed2?OpenDocument>. Acesso em: 10 out. 2008.

português, ele também acaba por figurar como um direito dos povos contra a opressão, em clara alusão ao direito de resistência coletivo.¹⁸⁴

Na Constituição portuguesa restou como nítida a auto-aplicabilidade da norma referente ao direito de resistência. Como se trata de norma constitucional que versa sobre direitos fundamentais, sua eficácia é imediata, mesmo garantindo ao cidadão a utilização da força para resgatar o poder uma vez sendo este poder nocivo às liberdades individuais.¹⁸⁵

Uma vez consagrada sua validade na eficácia vertical de alcance, também, em termos de eficácia horizontal¹⁸⁶, o direito de resistência na Constituição portuguesa possui quem o defenda. Canotilho complementa:

As leis violadoras do núcleo essencial dos direitos fundamentais, e, inquestionavelmente, as leis aniquiladoras do direito à vida e da integridade pessoal, são leis *inexistentes*, pelo que os agentes administrativos poderão deparar com o *direito de resistência* dos particulares (artigo 21.º). Acresce que, hoje, em termos de direito positivo [...], serão nulos todos os actos administrativos violadores do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.¹⁸⁷

Os direitos fundamentais sempre foram discutidos em sede de eficácia vertical, particularmente o direito de resistência, por ser o poder público o agressor e violador destes direitos. No entanto, o alerta para o exercício do direito de resistência deve se instituir também em sede de eficácia horizontal, como bem pontua a doutrina portuguesa, permitindo sua aplicabilidade de forma irradiante. O direito de resistência no ordenamento português, ganha *status* de direito privado, garantia do Estado Democrático de Direito e às instituições que dele fazem parte.

2.3.5 O direito (e dever) de resistência na Declaração Universal dos Direitos do Homem

A Segunda Guerra Mundial (1939 - 1945) gerou manifestações de resistência em toda a Europa. Os historiadores ao analisar o conflito que massacrou o continente, são quase unânimes no sentido de que os países que se envolveram

¹⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 505.

¹⁸⁵ ARAÚJO, op. cit., p. 77.

¹⁸⁶ Muito embora o exemplo trazido seja da doutrina constitucional portuguesa, a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais encontra suas bases no âmbito da doutrina e da jurisprudência constitucional alemã. SARLET, op. cit., p. 392.

¹⁸⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 442.

no conflito que acabaria por mudar para sempre o panorama mundial do Século XX, não desejavam uma luta armada. Este conflito se perfectibilizou graças a um governante tirânico e usurpador: Adolf Hitler.¹⁸⁸

Dentro deste panorama de conflito armado que foi a Segunda Guerra Mundial, a Polônia, pelo grande número de judeus na sua população, acabou por sofrer rigorosamente com a política de segregação racial do totalitarismo alemão que pregava a existência de uma raça pura.

Os poloneses encabeçaram várias lutas contra o Nazismo. Uma delas foi o levante do Gueto de Varsóvia, como bem traz Buzanello:

Uma resistência pequena e desesperada, com armamento leve – facas, pistolas e granadas – ou improvisado – tijolos e coquetéis molotov – e participação de mulheres e crianças, enfrentou tropas equipadas com tanques, bombas de gás venenoso, metralhadoras pesadas e lança-chamas. O levante dos judeus, que o comando nazista estimava debelar em três dias, durou semanas e logrou eliminar várias centenas de alemães.¹⁸⁹

Embora esta forma de resistência se equipare às concepções antigas e esteja fora da acepção jurídica da expressão “direito de resistência”, iniciativas de se impor ao totalitarismo de uma nação dominante, acabaram por gerar após o término do conflito, a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Declaração de 1948 acabou por proclamar a resistência não apenas como um direito e sim como um dever do ser humano, confirmando o que Rousseau já havia previsto na sua teoria. Araújo explica:

Quando a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi proclamada pela ONU, após a Segunda Guerra Mundial, ela arrolou a resistência a opressão não mais como um direito e sim como um dever. Assim, o fez não para diluir a sua importância; ao contrário, para lhe conferir maior força, uma vez que o direito de resistência é fundamental para a efetivação de outros direitos inerentes à natureza humana ali arrolados.¹⁹⁰

O documento, além de tentar pacificar o mundo que já havia experimentado duas guerras de conseqüências estrondosas que praticamente destruíram a Europa, marcou a retomada dos ideais da Revolução Francesa, como bem pontua Comparato:

¹⁸⁸ HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 43.

¹⁸⁹ BUZANELLO, op. cit., p. 275.

¹⁹⁰ ARAÚJO, op. cit., p. 77-78.

Seja como for, a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I. A cristalização destes ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos.¹⁹¹

Inegavelmente se a Declaração é uma retomada dos ideais consagrados pela Revolução Francesa, o direito de resistência se apresenta como um direito universal e até como um dever dos povos frente à opressão dos regimes totalitaristas e, conseqüentemente, não poderia ficar de fora do texto de 1948.

Embora a Declaração padeça da patologia epistêmica dos direitos fundamentais como pontuado no segundo capítulo, o texto é uma tentativa de pacificação da ordem constitucional arrolada como um sistema, onde os direitos fundamentais e, especialmente, o direito de resistência, devem transitar com força, não sendo negados por nenhum ordenamento.

Este problema da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e a aceitação do direito de resistência como direito fundamental é tratado com maior especificidade no próximo capítulo, tendo como aporte principal os textos implícitos e explícitos sobre este direito na Constituição Federal de 1988.

¹⁹¹ COMPARATO, op. cit., p. 223.

3 O DIREITO DE RESISTÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os textos constitucionais contemporâneos passaram a preservar direitos fundamentais, colocando o Estado como protetor destes direitos visando dar proteção ao cidadão.

Este espírito adotado pelos legisladores constituintes tratou os direitos fundamentais como um catálogo, ampliando a sistematicidade da interpretação da Constituição e trazendo para dentro da esfera do direito constitucional uma noção de completude.

Esta universalização da linguagem constitucional opera com força no tocante ao direito de resistência que encontra na Constituição Federal de 1988, possibilidade real de ser invocado e aplicado, por força principiológica e pelo dispositivo do § 2º do art. 5º. A esta recepção do direito de resistência na Constituição Federal de 1988 é denominada aqui de matriz aberta.

Igualmente, pela construção formal da Constituição Federal de 1988, o direito de resistência também se faz presente através de normas que são modalidades do direito de resistência, como a objeção por motivo de consciência e a greve. Por se tratarem de dispositivos análogos ao conteúdo da norma originária do direito de resistência à opressão e estarem dentro do corpo constitucional, acabam por operar em uma matriz denominada de fechada ou positiva.

A questão do direito de resistência dentro do ordenamento jurídico constitucional brasileiro só não acaba por se mostrar mais eficaz por conta da proposta sobre o tema que não foi aprovada na Assembléia Nacional Constituinte. A Constituição Federal de 1988, após anos de rompimento com a ordem democrática, foi promulgada sem o direito de resistência.

Sendo assim, tanto na matriz aberta que encontra nos princípios constitucionais e no § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 seu modo de

concretizar o direito de resistência, quanto na matriz fechada que traz o direito de resistência em dispositivos análogos explicitamente reconhecidos, há um reconhecimento deste direito. No entanto, isto acaba por não ocorrer de forma expressa.

Devido a isto, ao final, há que se resgatar a retomada de uma proposta expressa para o direito de resistência no texto da Carta Magna brasileira ao lado dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, como um inciso do rol do art. 5º, para proporcionar as mudanças que deste dispositivo se espera alcançar.

3.1 A MATRIZ ABERTA DO DIREITO DE RESISTÊNCIA

A presença do direito de resistência na Constituição Federal de 1988 é reconhecida por força dos princípios constitucionais fundamentais que orientam o Estado Democrático de Direito e por força do § 2º do art. 5º.

Esta abordagem induz, também, à análise de duas teorias que acabam por reforçar a interpretação constitucional, de maneira a fornecer o devido substrato teórico que se espera.

Desta forma, acaba por se materializar como mais nítida a fundamentação do direito de resistência na modalidade de desobediência civil, onde são definidas sua caracterização e a sua classificação, bem como algumas manifestações que têm a intenção de ilustrar a temática, bem como sua acepção jurídica e presença no Brasil como um fato relacionado à segregação racial no passado e como uma luta por terras, no presente.

3.1.1 A Constituição aberta

Uma vez consolidados os direitos e garantias fundamentais, se faz necessário localizar no corpo da Constituição Federal de 1988 a presença e a interpretação do direito de resistência.

Destaca-se, inicialmente, que o direito de resistência opera com força normativa dentro da matriz aberta de recepção de direitos, ou seja, considerando a Constituição Federal de 1988 como um receptáculo dos chamados “novos direitos”. Tavares acrescenta que “Do ponto de vista material, são aqueles direitos que, uma vez suprimidos ou que tenham impedida ou negligenciada a sua efetivação, afetam

de forma irremediável a dignidade da pessoa humana.¹⁹²

Obviamente que estes direitos, especialmente, o direito de resistência, não encontra positividade jurídica clara no corpo constitucional tal qual o art. 2º da Declaração Francesa de 1789.

No tocante à Constituição Federal de 1988, o preâmbulo constitucional, embora não possua força normativa¹⁹³, já indica que a Lei Fundamental de 1988 foi elaborada pelos representantes do povo, com fins de instituir um Estado Democrático de Direito, e capaz de comportar o livre exercício dos direitos individuais e sociais.

Este comprometimento assegura ao cidadão brasileiro garantias de que, neste país, há uma Constituição a ser respeitada. Ele pode se amparar na Lei Maior que rege todas as outras leis. Este norte constitucional é a tradução do significado de Constituição.¹⁹⁴

Da mesma forma, os princípios constitucionais¹⁹⁵ garantem os direitos e garantias fundamentais a qualquer destinatário. Estes princípios fundamentais elencados no art. 1º da Constituição Federal de 1988 trazem, na sua literalidade, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político como pilares centrais.

Ainda, com força incide o § 1º do mesmo artigo, enunciando que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou

¹⁹² TAVARES, Giovani de Oliveira. *Desobediência civil e direito político de resistência: os novos direitos*. Campinas: EDICAMP, 2003, p. 123.

¹⁹³ Assim como nas Constituições estaduais americanas, este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal que confirma a ausência de força normativa do preâmbulo constitucional: "Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa". (ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-8-02, *DJ* de 8-8-03). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>. Acesso em: 20 nov. 2008.

¹⁹⁴ Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. BRASIL. Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁹⁵ Em sede de controle de constitucionalidade, a cidadania se aplica: “Ninguém é obrigado a cumprir ordem ilegal, ou a ela se submeter, ainda que emanada de autoridade judicial. Mais: é dever de cidadania opor-se à ordem ilegal; caso contrário, nega-se o Estado de Direito”. (HC 73.454, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 22-4-96, *DJ* de 7-6-96). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo, op. cit.

diretamente, nos termos desta Constituição”.¹⁹⁶ Este é o chamado “princípio democrático”, ou seja, de que o Estado brasileiro ao romper com a ordem constitucional anterior e proclamar uma nova ordem, deve adotar como garantia desta ordem a democracia traduzida no exercício da cidadania.¹⁹⁷

Da mesma forma, a doutrina constitucional acabou por consagrar princípios de interpretação constitucional que devem ser observados quando da aplicação do conteúdo de uma Constituição.

O princípio da unidade da Constituição se traduz na interpretação da Carta na sua globalidade, consagrando um sistema de preceitos integrados de regras e princípios. Segue este raciocínio, o princípio do efeito integrador, associado muitas vezes ao princípio da unidade da Constituição, favorecendo um engajamento entre os critérios políticos e sociais no momento da resolução dos problemas constitucionais.

Interligado estes dois primeiros princípios, o princípio da máxima efetividade concentra seu conceito sobre a prevalência das normas constitucionais no sentido de um favorecimento ao aspecto social. Ainda, o princípio da conformidade funcional tem por objetivo conferir ao Supremo Tribunal Federal a responsabilidade pela afirmação da força normativa da Constituição. Pelo princípio da concordância prática ou da harmonização, uma vez concebida a idéia de unidade constitucional, se tem que não deve haver concorrência entre os bens constitucionalmente tutelados, devendo, assim, se evitar um choque ou uma colisão entre princípios constitucionais.

Com igual força, o princípio da interpretação conforme a Constituição tem por objetivo estabelecer que quando uma vez o intérprete estiver em frente a normas diversas e polissêmicas, se deve levar em conta as normas que mais se aproximam da Carta. Finalmente, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade equivalem a uma interpretação constitucional calcada no bom senso no momento da aplicação da justiça, servindo como base não só para a interpretação da Constituição, mas para todo o ordenamento jurídico.¹⁹⁸

A importância destes princípios que são trabalhados com especial

¹⁹⁶ José Afonso da Silva define que o povo é a fonte titular do poder quando se trata de um regime democrático. E o governo para o povo é aquele que não exerce qualquer imposição autoritária. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 135.

¹⁹⁷ MORAES, op. cit., p. 23.

¹⁹⁸ LENZA, op. cit., p. 72-75.

atenção pela doutrina, além dos que estão previstos na Constituição Federal de 1988, é o fornecimento de amparo à aplicação das normas constitucionais, podendo salientar ainda mais a importância da existência de uma Constituição.

Atenção especial no tocante à constitucionalização do direito de resistência, ganha o princípio da força normativa da Constituição. Canotilho expõe referenciando que “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a *atualização* normativa, garantindo [...] a sua eficácia e permanência”.¹⁹⁹ O direito de resistência pela sua carga axiológica histórica não pode ficar de fora de uma leitura interpretativa da Constituição.

Estas são experiências hermenêuticas. E como não existem normas que operam sem ruídos dentro de um ordenamento constitucional, a hermenêutica funciona como um aliado ao conferir à Constituição sua importância verdadeira, seu significado autêntico. Esta é a denominada Constituição aberta, aquela que não se encerra nos moldes de sua estrutura normativa positivada, mas se vale desta estrutura para irradiar efeitos em consonância com a realidade jurídica do Estado.

3.1.2 A força normativa da Constituição

Dois autores merecem especial atenção quando o intérprete se depara com o desafio de compreender a Constituição no seu verdadeiro significado e importância.

O primeiro deles é Konrad Hesse, que na sua obra homônima a um dos princípios mencionados, *A força normativa da Constituição* se consolida como um constitucionalista que admite existir um significado normativo válido para a Lei Fundamental. Neste sentido, Mendes, Coelho e Branco destacam o pensamento do ilustre constitucionalista:

[...] toda a Constituição, para responder às exigências da sua época, há de ser compreendida não apenas como a Lei Fundamental do Estado, mas também como o principal instrumento de construção da sociedade do porvir.²⁰⁰

Além de consolidar o texto da Carta como um receptáculo de

¹⁹⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 229.

²⁰⁰ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 14.

transformações sociais, Hesse destaca a importância da hermenêutica constitucional:

A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição.²⁰¹

Mesmo que o texto constitucional não se altere, uma eventual alteração dentro do Estado e da sociedade deve impulsionar uma mudança no espírito da interpretação das normas constitucionais.

Hesse opõe-se, nitidamente, à teoria de Ferdinand Lassale, teórico marxista que contemplava a Constituição como a reunião de todos os “fatores reais do poder” e a considerava como um “pedaço de papel”.²⁰² A Constituição é quem administra, com sua pretensão de eficácia, a “realidade” de determinado Estado. Hesse complementa:

Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas e confundidas.²⁰³

Além de evitar a separação entre os fatores reais do poder de um texto constitucional, Hesse acreditou na Constituição jurídica, de forma a conferir à Carta capacidade de promover mudanças:

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social.²⁰⁴

Hesse atribui potencial normativo à Constituição de forma que a mesma possa promover mudanças, pois dos princípios constitucionais que nela estão insculpidos e dos princípios doutrinários que dela se irradiam, há uma

²⁰¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 22-23.

²⁰² LASSALE, op. cit.

²⁰³ HESSE, op. cit., p. 15.

²⁰⁴ Idem, p. 24.

proposta de hermenêutica constitucional com o substrato de alterar a realidade, sopesando a própria realidade.

A Constituição política ou real de Lassale esbarrou na força normativa, uma vez que desconsiderou os princípios que da Constituição emanam. Hesse acrescenta:

A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica. Poder-se-ia dizer [...] que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição.²⁰⁵

Para aprimorar a sua teoria, Hesse criou um princípio para dar materialidade à força normativa da Constituição, não ficando a mesma limitada ao contraponto da teoria de Lassale. Hesse salienta a importância da interpretação:

Finalmente, a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*).²⁰⁶

Este princípio não deve ser aplicado de forma a estruturar um raciocínio lógico, calcado na norma constitucional pura tão apenas, mas levar em consideração toda a realidade fática que está ao redor, bem como a construção histórica que se passou até se chegar aos moldes de uma Constituição.²⁰⁷ Ponderando estes fatores, uma Constituição deve estar de acordo com a realidade para proporcionar o efeito esperado do “princípio da ótima concretização da norma”, sob pena de reforma constitucional que, no caso da obra de Hesse, é admitida.

A teoria de Hesse para o direito de resistência possui grande magnitude, pois destaca a necessidade do texto constitucional operar com a máxima atualidade no campo da realidade social que uma vez não condizente com o que o povo possa esperar, pode ele se valer desta força constitucional normativa no sentido de evitar qualquer ameaça ao Estado Democrático de Direito.

E o direito de resistência embora não seja um dos pilares trabalhados por Hesse deriva da interpretação constitucional da realidade jurídica.

²⁰⁵ HESSE, op. cit., p. 11.

²⁰⁶ Idem, p. 22.

²⁰⁷ Idem, ibidem.

3.1.3 A interpretação pluralista da Constituição

Outro constitucionalista, Peter Häberle vai além da dicotomia Lassale-Hesse quando em sua obra acaba por ampliar o rol dos participantes do processo de interpretação da Constituição.

Além de sacramentar as funções estatais exercidas pelo Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo²⁰⁸ e aqueles interessados na pretensão constitucional argüida, Häberle defende a participação de terceiras pessoas no processo constitucional, como por exemplo, através de *experts*, que se manifestam emitindo pareceres e perícias²⁰⁹ sobre os casos concretos de aplicação da Constituição, no sentido de influenciarem na resolução das questões.²¹⁰ É o debate constitucional como processo público. Häberle destaca neste meio a sociedade civil:

(3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: *media* (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada [...], igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais,²¹¹

A Constituição passa a ser interpretada a partir de um catálogo sistemático e deixa de ser uma questão unicamente submetida a controle de constitucionalidade.

Muito embora a interpretação pluralista da Constituição possa se

²⁰⁸ A divisão em três poderes emana historicamente da obra *A Política*, de Aristóteles, onde o pensador grego atribuía ao soberano três funções distintas. Mais tarde, Montesquieu aprimorou a teoria em *O Espírito das Leis*, que, com o advento do Estado Liberal, restou consagrada na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, no art. 16. Contemporaneamente, a teoria passou a ser denominada de Teoria dos Freios e Contrapesos (*checks and the balances*) que na Constituição Federal de 1988 sofreu um abrandamento por conta da divisão das funções dos poderes em típicas e atípicas, permitindo nestas últimas que um poder exercite atos que competem originalmente a outro, como, por exemplo, o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade pelo Senado Federal. LENZA, op. cit., p. 291-292.

²⁰⁹ A Lei de Biossegurança foi submetida às audiências públicas no Supremo Tribunal Federal devido ao seu conteúdo incapaz de ser analisado pelo escopo do juridicamente correto. Cientistas foram chamados para dar interpretação à lei, decidindo se as pesquisas com células tronco embrionárias poderiam ser feitas sem ferir o direito à vida, positivado no *caput* do art. 5º da Constituição de 1988. As audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal se constituíram em um exemplo de interpretação da Constituição como processo público, como sustenta Häberle.

²¹⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 20-21.

²¹¹ Idem, p. 23.

perder em um grande número de interpretações e de intérpretes²¹², a movimentação da sociedade para se fazer valer as normas constitucionais por si só acaba por gerar um despertar. Häberle complementa:

Considerando a realidade e a publicidade (*Wirklichkeit und Öffentlichkeit*) estruturadas, nas quais o 'povo' atua, inicialmente, de forma difusa, mas, a final, de maneira 'concertada', há de se reconhecer que essas forças, faticamente relevantes, são igualmente importantes para a interpretação constitucional.²¹³

Os esforços no processo público de interpretação constitucional traçados por Häberle se desenvolvem com o intuito de promover a Constituição para dentro da sociedade, para que a mesma tenha conhecimento de que existe uma força constitucional presente e atuante no seio da comunidade. Mendes, Coelho e Branco acrescentam:

À luz dessa concepção, em palavras do próprio Häberle, a lei constitucional e a interpretação constitucional republicana aconteceriam numa sociedade pluralista e aberta, como obra de todos os participantes, em momentos de diálogo e de conflito, de continuidade e de descontinuidade, de tese e de antítese. Só assim, entendida como ordem pública fundamental do Estado e da Sociedade, a Carta Política será também uma Constituição aberta [...].²¹⁴

Uma vez que todos os cidadãos se encaixam na condição de intérpretes constitucionais e são capazes de promover mudanças, fica notório o sentido e o significado do que emana do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988.

Efetivamente, sob a ótica da teoria de Häberle, o poder exercido pelo povo na condição de elemento atuante dentro do direito constitucional possui a característica de interpretar e atuar de forma a valer sua condição de destinatário do poder dentro de um Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma que Hesse, Häberle não propõe nem trabalha a questão do direito de resistência. Mas uma vez que a Constituição se torna um processo público, nada impede que este direito opere com força dentro da proposta, pois é nítido que deve haver uma discussão em torno do Estado e do poder que dele emana, não devendo ficar este debate submetido a normas instrumentalizadas no corpo constitucional.

²¹² HÄBERLE, op. cit., p. 29.

²¹³ Idem, p. 33.

²¹⁴ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 07.

3.1.4 O § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988

Hesse e Häberle sintetizam propostas de interpretação constitucional. Neste viés, o direito de resistência dentro de uma proposta de Constituição aberta ou material se fundamenta no § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “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”.²¹⁵ Após atribuir eficácia imediata às normas de direitos fundamentais no § 1º do art. 5º²¹⁶, a Constituição Federal de 1988 fixou no § 2º do art. 5º que outras normas de direitos fundamentais podem possuir esta mesma eficácia, mesmo que advindas de ordenamentos de fora e de tratados internacionais em que o Brasil seja signatário.

Esta previsão advém da Emenda IX à Constituição americana de 1787 como visto no capítulo anterior. Os legisladores se preocuparam em adicionar ao texto os direitos não enumerados por um motivo simples, como bem pontua Siegan:

Uma constituição deve enumerar tanto as liberdades processuais quanto as substantivas, tidas como especialmente merecedoras de proteção. Considerando que uma constituição é o resultado de um processo político e, normalmente, é mantida por um longo período de tempo, é inevitável que muitas das liberdades não estejam nela descritas.²¹⁷

Os americanos foram visionários ao prever uma transformação em sede de direitos, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. Ficou óbvio aos olhos dos legisladores da IX Emenda que direitos não nascem para se solidificarem e ficarem encerrados, enclausurados de forma isolada em determinado texto constitucional.

As normas advindas de tratados internacionais ganharam um tratamento diferenciado com a Emenda Constitucional nº 45 que adicionou o § 3º atribuindo uma tramitação formal para a validade destes tratados equivalente à aprovação das emendas constitucionais o que, em sede doutrinária, acaba por

²¹⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988, op. cit.

²¹⁶ “Art. 5º. [...] § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Idem.

²¹⁷ SIEGAN, Bernard H. *Como elaborar uma constituição para uma nação ou república que está despertando para a liberdade*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1993, p. 25.

trazer contradições.²¹⁸

O que importa para a acepção constitucional do direito de resistência em uma matriz de interpretação aberta é a parte primeira do § 2º, que foi o dispositivo copiado pela Constituição Federal de 1988 da Emenda IX à Constituição americana: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]”.

Historicamente, a redação estipulada não é inédita no ordenamento constitucional brasileiro atual. Deste modo, a Constituição brasileira de 1891, em seu art. 78, fixava: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não *exclue* outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da *fôrma* de governo que *ella* estabelece e dos princípios que consigna”. Assim, textos semelhantes se seguiram em todas as outras Constituições brasileiras com pequenas alterações.²¹⁹

Como referenciado, é a parte inicial do dispositivo que, com propriedade, garante ao texto constitucional brasileiro a efetivação do direito de resistência. Garcia expõe:

[...] na Constituição não devem ser tidas normas por não jurídicas: todas têm de produzir algum efeito, alcançar alguma eficácia. Ademais disso, os preceitos constitucionais serão interpretados ‘segundo não só o que explicitamente postulam, mas também de acordo com o que implicitamente encerram’. Os conceitos exógenos que contenham deverão ser interpretados ‘no sentido que adquirirem por força desta nova inserção sistemática’.²²⁰

Novamente vêm à tona os princípios constitucionais que norteiam as bases e o espírito das normas constitucionais. São eles que oferecem a fundamentação ao direito de resistência implícito dentro da Constituição Federal de 1988. Teixeira complementa:

Assim, por exemplo, como decorrência do princípio geral de que ninguém é obrigado a 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

²¹⁸ Tal dispositivo é confuso em sede de tratados internacionais de direitos humanos, pois uma vez admitida a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a sua incorporação do direito externo também o é, causando excesso de formalismo a aprovação nas duas casas legislativas destes tratados e contrariando o disposto nos parágrafos anteriores. CASELLA, Paulo Borba. Constituição e direito internacional. In: CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera Lúcia Viegas (Coord.). *Direito da integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 42.

²¹⁹ GARCIA, op. cit., p. 213-214.

²²⁰ Idem, p. 218.

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.²²¹

Pelo texto da Constituição Federal de 1988, incluindo aí o preâmbulo constitucional que já introduz ser o país um Estado Democrático, com vistas a assegurar o exercício dos direitos individuais, a liberdade e a justiça; e por ser assim, calcado na cidadania como um de seus fundamentos, assegurando que todo o poder emana do povo, e com um rol analítico de direitos fundamentais, o direito de resistência se insere de maneira implícita dentro do ordenamento constitucional brasileiro por força da chamada cláusula aberta do § 2º do art. 5º. Buzanello acrescenta:

A essência da resistência implícita está na materialidade dos princípios do regime democrático e 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) e com a abertura e a integração do ordenamento constitucional de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e tratados (art. 5º, § 2º, CF); [...].²²²

Tem-se, desta forma, o aporte necessário para a consolidação do direito de resistência. Trata-se, reiterando, de interpretação sistemática e aberta da Constituição.

Garcia traz que “pela dicção do § 2º do art. 5º tais direitos e garantias vêm integrar o elenco constante do texto constitucional, podendo ser exigidos ou exercidos, independentemente de norma expressa”.²²³ Com isto se torna clara a fundamentação implícita do direito de resistência na Constituição Federal de 1988, podendo ele adentrar no corpo constitucional advindo de um ordenamento alienígena e como pilar essencial para o exercício da cidadania.

Trata-se da eficácia dos direitos materialmente fundamentais, pois em que pese não haver previsão clara do direito de resistência tal qual se quer acrescentar, sua existência não pode ser negada.

A norma do § 2º do art. 5º acabou por fundamentar na Constituição Federal de 1988 o instituto da desobediência civil, uma modalidade do direito de

²²¹ TEIXEIRA, op. cit., p. 705.

²²² BUZANELLO, op. cit., p. 211.

²²³ GARCIA, op. cit., p. 238.

resistência. É este expediente que se passa a analisar.

3.1.5 A desobediência civil

Uma vez estabelecida a possibilidade de migração do direito de resistência de uma ordem constitucional outra para dentro da Constituição Federal de 1988, resta por se materializar uma modalidade do direito de resistência implícito conhecida como desobediência civil.

A terminologia se mostra como homônima à obra de Henry David Thoreau²²⁴, onde o ilustre autor sintetiza a busca pela justiça social através da instabilidade gerada dentro do Estado. Buzanello tece considerações a respeito:

O problema da desobediência civil tem um conteúdo simbólico que, geralmente, se orienta para a deslegitimação da autoridade pública ou de uma lei, como a perturbação do funcionamento de uma instituição, a fim de atingir as pessoas situadas em seus centros de decisão. Isso implica a formação da tensão do grupo social, caracterizada por um teor de consciência razoável, de muita publicidade e agitação.²²⁵

Desobedecer é o verbo que se define como central na teoria de Thoreau. A desobediência é fundada na tentativa de fazer com que a instituição visada por determinado movimento, geralmente os governos ou os atos vinculados a estes governos, percebam que existem cidadãos que estão insatisfeitos com o contrato firmado.

Sendo assim, se trata de um fenômeno imprevisível, pois sua eclosão não depende de uma previsão legislativa concreta e sim de violação ao que de mais concreto representa a lei para o indivíduo.

Thoreau deixou claro que se a injustiça “for de natureza tal que exija que nos tornemos agentes de injustiça para com os outros, então proponho que violemos a lei”.²²⁶

O brilhantismo no desabafo sincero de Thoreau é uma convocação à contrariedade do pensamento de obediência cega à lei que rege as relações de uma sociedade. Nitidamente, no pensamento do doutrinador americano vem à tona mais

²²⁴ Henry David Thoreau foi o “pai” da desobediência civil. Autor de máximas como “O melhor governo é o que menos governa” ou “O melhor governo é o que absolutamente não governa”, foi preso pelo não pagamento de impostos nos Estados Unidos e acabou por desenvolver sua obra *A Desobediência Civil* baseada na própria experiência que teve.

²²⁵ BUZANELLO, op. cit., p. 147.

²²⁶ THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Porto Alegre: L&PM, 2007, p. 26.

uma vez a idéia de contrato em que a vontade geral é quem governa. E fica a indagação: como admitir um governo calcado na vontade geral se este governo está governando contra si mesmo? Ou ele não representa a vontade geral, aquilo que a Constituição Federal de 1988 define como “povo”, ou ele merece ser afastado, por exercer de forma antidemocrática o poder.

A questão da desobediência é uma equação racional. A sociedade não pode permitir, na condição de destinatária da lei, que esta mesma lei infrinja os seus propósitos. Uma vez permitido isso, se passa para o retrocesso do estado de natureza. Seria a contrariedade à teoria de Hesse e Häberle e o renascimento do Estado enaltecendo o Leviatã, tal qual descreveu Hobbes.

A concepção da desobediência civil é a constatação de que se há uma lacuna legal ou se determinado comando passa a ameaçar a estrutura jurídica no tocante à liberdade dos cidadãos, se deve optar pela fuga do agir para um não agir, ou o chamado *non agere* legal, como um exercício de autodefesa.

Aqui fica sacramentada a relação íntima da desobediência civil para com os postulados antigos do direito de resistência, que conceituavam a resistência à opressão como uma legítima defesa dos cidadãos frente ao Estado. A diferença é que nesta modalidade ela é praticada sem violência.

Garcia expõe três perguntas e respostas que poderiam muito bem justificar a desobediência civil: “1º O que é o cidadão? Tudo. 2º O que representou até agora na ordem política? Nada. 3º O que pretende ele? Nela representar alguma coisa”.²²⁷ Tal formulação pretende reestruturar as relações entre governantes e governados dentro do Estado Democrático de Direito, onde o cidadão tenha voz, forçando a criação de uma identidade democrática consciente, fora da esfera do arbítrio incondicional do Estado.

O cidadão sendo o “tudo” acaba por fazer com que o aparelho do Estado proporcione uma legislação de regras não coercitivas. As leis devem ser respeitadas, pois se o mesmo cidadão na ordem política sempre representou o “nada”, o mínimo que se pode esperar é que ele, sendo enfim respeitado, seja “alguma coisa”. Seria o mínimo para uma condição de existência dentro do paradigma legal de obediência. Thoreau retrata a minimização do cidadão em face do Estado:

²²⁷ A estrutura formulada originalmente é retirada pela autora da obra de Emmanuel Sieyès, *Quést-ce que c'est le tiers État?*. GARCIA, op. cit., p. 254.

Num governo que aprisiona qualquer pessoa injustamente, o verdadeiro lugar de um homem justo é também a prisão. [...]; naquele lugar à parte, embora mais livre e honroso, em que o Estado coloca aqueles que não estão com ele, mas contra ele – o único lugar num Estado escravo em que um homem livre pode viver com honra. Se alguém pensa que ali sua influência se perderá, que sua voz não mais atormentará os ouvidos do Estado e que ele não será como um inimigo dentro de suas muralhas, é porque não sabe o quanto a verdade é mais poderosa que o erro, nem o quão mais eloqüente e eficazmente pode combater a injustiça aquele que já a tenha experimentado em sua própria carne.²²⁸

As palavras de Thoreau são a sua própria experiência como mau pagador de impostos nos Estados Unidos, berço da liberdade. O confronto que ele estabelece com seu pensamento desafia todo e qualquer Estado e, de forma mais eficaz que uma lei inútil que seja considerada válida e que traz em seu conteúdo alguma justiça aparentemente sintomática, faz pensar no que representa o próprio Estado. Thoreau acaba por enaltecer a posição do cidadão colocando-o como o “tudo”. E atribui ao Estado característica de ser quase o “nada”.

Nesta perspectiva, o Estado e as leis de conteúdo meramente coercitivo nada mais representam do que a vontade em manter refém da sua estrutura aquele que se coloca contrário a alguma injustiça, mostrando-se desobediente.

A prisão, vista como um lugar para se punir aqueles que contrariam a lei, passa a ser um lugar de honra para os observadores dos malefícios do Estado e que vêem o Estado como uma máquina que funciona em prol de si mesmo, onde a representatividade do cidadão sucumbe em face de um exercício de poder unilateral.

Uma vez válida a lei em prol do “tudo”, como pontuou Garcia, sua eficácia e seu conteúdo de justiça tornariam a todos obedientes.

Partindo do princípio de que a lei é, por natureza, coercitiva, ou seja, propõe naturalmente ao indivíduo que a ela obedeça, Thoreau indaga: “Leis injustas existem: devemos contentar-nos em obedecer a elas ou esforçar-nos em corrigi-las, obedecer-lhes até triunfamos ou transgredi-las desde logo?”.²²⁹ A desobediência imediata retrata desde logo a insatisfação e a negatória de qualquer possibilidade do cidadão continuar sendo um escravo do Estado. A desobediência, por assim dizer, é um meio de libertação.

²²⁸ THOREAU, op. cit., p. 30-31.

²²⁹ Idem, p. 25.

3.1.5.1 Características e classificação da desobediência civil

A desobediência civil tem características próprias dentro do estudo do direito de resistência. Buzanello esclarece:

A desobediência civil apresenta-se com as seguintes características marcantes: a) é uma forma particularizada de resistência e qualifica-se na ação pública, simbólica e ético-normativa; b) manifesta-se de forma coletiva e pela ação 'não-violenta'; c) quer demonstrar a injustiça da lei ou do ato governamental mediante ações de grupos de pressão junto aos órgãos de decisão do Estado; d) visa à reforma jurídica e política do Estado, não sendo mais do que uma contribuição ao sistema político ou uma proposta para o aperfeiçoamento jurídico.²³⁰

Dentre as características arroladas, o aperfeiçoamento jurídico com a contribuição ao sistema político, se torna como o vetor principal que acaba por operar na estrutura normativa. Muitas vezes uma lei injusta não é modificada pelo simples dever de obediência, que acaba por ser prejudicial em uma democracia verdadeira.

O que não se pode deixar de considerar é a característica de movimento pacifista da desobediência civil. Um exemplo foi o processo de luta da libertação da Índia como colônia inglesa, que teve como ícone do movimento Mohandas Karamachad Gandhi, que aplicou a máxima de que “a não-violência é a única alternativa política adequada à violência do ‘sistema’”.²³¹

Outros movimentos de resistência com a marca da desobediência civil foram os de Nelson Mandela na África do Sul e de Martin Luther King²³² nos Estados Unidos, ambos contra a segregação racial.²³³

Lafer destaca a importância da desobediência civil em uma matriz de direitos humanos, pontuando que “A desobediência civil [...] pode ser encarada como direito humano de primeira geração. Ela é individual quanto ao modo de exercício, quanto ao sujeito passivo do direito e quanto à titularidade”.²³⁴ O conceito

²³⁰ BUZANELLO, op. cit., p. 150.

²³¹ LAFER, op. cit., p. 200.

²³² Diferentemente de Gandhi, que lutava pela libertação da Índia como colônia da Inglaterra, Martin Luther King promoveu movimentos dentro de um Estado independente, assim como o precursor da teoria da desobediência civil, Henry David Thoreau. Uma de suas justificativas ao promover a desobediência civil para estancar a segregação racial nos Estados Unidos dos anos 50 e 60 era a de que em um Estado independente, respeitando a tripartição de poderes, o Judiciário seria incapaz de promover as mudanças necessárias. LUCAS, Douglas César. Desobediência civil. In: *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006, p. 205.

²³³ BUZANELLO, op. cit., p. 150.

²³⁴ LAFER, op. cit., p. 200.

encontra amparo na doutrina de Thoreau. Sua manifestação desobediente quanto ao pagamento de impostos ao governo por julgá-los injustos partiu de si mesmo, convocando, daí sim, a sociedade a se voltar contra o governo americano.

A desobediência civil também pode ser classificada em direta e indireta, como bem demonstra Buzanello:

[...] a desobediência civil se classifica em duas perspectivas: direta e indireta. A desobediência direta ocorre quando as leis do Estado são desafiadas abertamente [...]. A desobediência indireta ocorre quando as estratégias do Estado são desafiadas através de ataques a leis isoladas, que podem permitir a seguinte variável: legal, porém ilegítima.²³⁵

No tocante à desobediência direta, se pode destacar o que ocorre em campanhas públicas como passeatas e manifestações em prol de um objetivo a ser alcançado, como o respeito à própria Constituição, se fazendo valer dela como uma ordem aberta. Neste caso, a desobediência civil atuaria mais propriamente ao lado da teoria de Häberle, pois caberiam aos intérpretes da Constituição praticar a desobediência com fundamento de se invocar o direito de resistência implícito, provocando um debate público.

Quanto às formas de desobediência indireta, há uma problematização maior. Ela requer que o conceito se assente na máxima da “desobediência legal, porém ilegítima”²³⁶, ou seja, configurando um ataque às leis de maneira a infringi-las com o objetivo de alterar a legislação. Um exemplo é a ocupação de terras em que o direito constitucional de propriedade é violado para que acabe gerando uma modificação legislativa, favorecendo os invasores. Este e outros aspectos merecem destaque a seguir, na análise da desobediência civil no Brasil.

3.1.6 A desobediência civil no Brasil

No Brasil, a desobediência civil contra o preconceito de cor ficou marcada pela formação dos quilombos.²³⁷ Enquanto perdurou a lei escravocrata, os

²³⁵ BUZANELLO, op. cit., p. 150.

²³⁶ Idem, ibidem.

²³⁷ O Quilombo dos Palmares, em Alagoas, chegou a ser conhecido como República de Palmares de 1630 a 1695. Idem, p. 280.

habitantes dos quilombos, conhecidos como quilombolas, se refugiavam para buscar dentro da sua própria comunidade uma liberdade que fora dali era inatingível.²³⁸

De um regime escravocrata, o país passou a positivar a promoção do bem de todos sem distinção de raça, através de um objetivo fundamental na Constituição Federal de 1988.²³⁹

No país, atualmente, a desobediência civil encontra seu espaço na luta do Movimento dos Sem Terra, o chamado MST. Buzanello acrescenta:

Além de apresentar propostas e discuti-las junto às autoridades competentes, o MST promove a estratégia da desobediência civil de muita publicidade para chamar a atenção do problema, tais como: caminhadas, passeatas, jejuns, greves de fome, acampamentos em praças, ocupações de terras, bloqueios de rodovias e outras ações.²⁴⁰

O MST visa, com isto, demonstrar através da desobediência civil o que está constitucionalmente previsto na Carta brasileira, no concernente à função social da terra.

Para estes intérpretes da Constituição, a proteção do latifúndio se configura em uma injustiça, pois a terra possui uma ligação íntima com a finalidade social. O art. 184²⁴¹ e o art. 186, incisos I a IV²⁴² da Constituição Federal de 1988 positivam a controvertida questão da divisão de terras no país.

Da mesma forma que o direito à revolução, a desobediência civil não pode ser confundida com a guerra. Dworkin retrata a diferença:

A desobediência civil, quaisquer que sejam as diferenças adicionais que possamos desejar estabelecer nessa categoria geral, é

²³⁸ O primeiro quilombo urbano do país foi reconhecido judicialmente pela Vara Ambiental Agrária e Residual de Porto Alegre. O juiz responsável determinou a imissão na posse ao INCRA, totalizando quatro imóveis no bairro Três Figueiras em Porto Alegre, com área aproximada de 6,5 mil km². A decisão a favor da “Associação Comunitária Kilombo da Família Silva” é resultado de um processo de regularização fundiária aberto em 2004 no INCRA. PRIMEIRA INSTÂNCIA. Revista da Justiça Federal do Rio Grande do Sul. Ano IV, nº 10, Março de 2007, p. 05.

²³⁹ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]. IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. BRASIL. Constituição Federal de 1988, op. cit.

²⁴⁰ BUZANELLO, op. cit., p. 285.

²⁴¹ “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”. BRASIL. Constituição Federal de 1988, op. cit..

²⁴² “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”. Idem.

muito diferente da atividade criminosa comum, motivada por egoísmo, raiva, crueldade ou loucura. É também diferente – isso é mais facilmente negligenciado – da guerra civil que irrompe em um território quando um grupo desafia a legitimidade do governo ou das dimensões da comunidade política.²⁴³

A natureza da desobediência civil é desafiar a legitimação da lei e não de alterar ou mesmo abolir a soberania, valor que deve ser mantido.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer a desobediência civil: “[...] A democracia há de tolerar protestos, interrupção de fluxos de veículos, manifestações públicas de discórdia com certos governos ou certas políticas e, nalguns casos, até mesmo a desobediência civil. [...]”²⁴⁴

Embora não esteja definitivamente positivada no texto constitucional brasileiro, a desobediência civil assume uma função híbrida por força do art. 5º inc. XVI da Constituição Federal de 1988.²⁴⁵ Isto se dá devido ao entendimento de que este dispositivo pode se caracterizar pela sua redação como um ato de desobediência. Na interpretação da Constituição, o Supremo Tribunal Federal confirmou a norma em sede de controle de constitucionalidade, como “uma das mais importantes conquistas da civilização”.²⁴⁶

A desobediência civil encerra o questionamento da presença do direito de resistência implícito na Constituição Federal de 1988 ou na denominada matriz aberta. Como se fez demonstrar, o exercício deste direito pode sim adentrar o corpo constitucional brasileiro de forma a produzir eficácia e ser reconhecido também em sede de controle de constitucionalidade.

²⁴³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 155.

²⁴⁴ HC 91.616, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 11-06-2007, *DJ* de 20-6-2007. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 05 nov. 2008.

²⁴⁵ “Art. 5º [...]. XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;”. BRASIL. Constituição Federal de 1988, op. cit..

²⁴⁶ “Decreto 20.098/99, do Distrito Federal. Liberdade de reunião e de manifestação pública. Limitações. Ofensa ao art. 5º, XVI, da Constituição Federal. A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas. A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*).” (ADI 1.969, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 28-6-07, *DJ* de 31-8-07). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A constituição e o supremo, op. cit..

3.2 A MATRIZ FECHADA DO DIREITO DE RESISTÊNCIA

Da mesma forma que a desobediência civil opera com força no dispositivo do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e se traduz no direito de resistência implícito, este direito se encontra de forma explícita através de dispositivos análogos ao direito natural de resistência à opressão na Carta brasileira.

O direito de resistência explícito é mais uma forma de se expor o paradigma da legalidade. Bonavides expõe:

A legalidade supõe por conseguinte o livre e desembaraçado mecanismo das instituições e dos atos da autoridade, movendo-se em consonância com os preceitos jurídicos vigentes ou respeitando rigorosamente a hierarquia das normas, que vão dos regulamentos, decretos e leis ordinárias até a lei máxima e superior, que é a Constituição.²⁴⁷

Em síntese, é o respeito à lei constitucional. A sociedade acaba por se subordinar ao paradigma da legalidade justamente para estabelecer um contrato entre governantes e governados de maneira que ambos possam coadunar com regras de experiência mútuas. Paupério acrescenta:

Obedecemos aos governantes tão-somente porque estes encarnam a idéia de direito geralmente aceita pela comunidade. Representando o Estado, cuja vontade corporificam, desde que seja emitida dentro das condições e das formas previstas pela Constituição, governantes fazem jus à obediência dos governados, apresentando as ordens daqueles emanadas força juridicamente obrigatória.²⁴⁸

A legalidade é um canal de comunicação e respeitabilidade entre os membros do contrato, mas não de conformismo, cabendo à lei estabelecer os limites de cada um, ainda mais quando o povo exerce o poder por meio de representantes eleitos.

No entanto, a legalidade não pressupõe obediência cega. Ao contrário. É um pressuposto de liberdade. Garcia estabelece um elo entre liberdade e legalidade:

A liberdade tem, pois, um outro âmbito, que é o âmbito da Lei. A sua juridicização é que traz a delimitação deste âmbito e a compreensão da lei traz a consideração de sua legitimidade e, como condicionante, a justiça.²⁴⁹

²⁴⁷ BONAVIDES, 2003, op.cit., p. 111.

²⁴⁸ PAUPÉRIO, op. cit., p. 12.

²⁴⁹ GARCIA, op. cit., p. 77.

No entanto, apesar do direito de resistência possuir em suas bases a manifestação contra atos do poder tirânico e usurpador e estar indissociavelmente ligada ao direito natural, mesmo dentro de um paradigma de legalidade positivista sua presença é encontrada, mas em modalidades definidas como objeção por motivo de consciência e a greve.

Da mesma forma, os instrumentos constitucionais processuais para se operar o direito de resistência também serão analisados, bem como a resistência ilícita.

3.2.1 A objeção por motivo de consciência

Dentro deste paradigma, encontra respaldo na Constituição Federal de 1988 a objeção por motivo de consciência que se trata de uma modalidade do direito de resistência, diferente da desobediência civil em dois aspectos. Primeiro, pela positivação clara da objeção na Constituição Federal de 1988. E segundo, por ser o exercício de um direito individual. Buzanello explica:

A liberdade de consciência é o núcleo de fundamentação da objeção de consciência, pois reflete a liberdade de crença e de pensamento. Não de uma liberdade geral, mas de uma liberdade singular não pautada na igualdade entre os indivíduos. [...] Dela decorre que cada ser humano tem o direito de conduzir a própria vida como 'melhor entender', desde que não fira o direito de terceiros. Nitidamente, essa idéia espelha a liberdade de consciência, isto é, viver de acordo com sua consciência, pautar a própria conduta pelas convicções religiosas, políticas e filosóficas.²⁵⁰

A objeção por motivo de consciência tem particular interesse em unir o conceito de lei ao conceito de liberdade individual, reforçando o *status* negativo do cidadão frente ao Estado.²⁵¹

²⁵⁰ BUZANELLO, op. cit., p. 138-139.

²⁵¹ A Teoria dos Quatro *Status*, de Georg Jellinek, dimensiona os direitos fundamentais e insere o cidadão como partícipe das atividades estatais. Não é o Estado que se encontra posicionado frente ao cidadão, mas sim o cidadão que se encontra posicionado frente ao Estado regulando em maior ou menor grau as atividades que dele emanam, inclusive influenciando na sua organização. São eles: o *status* passivo ao Poder Público, ou seja, tendo o cidadão de cumprir deveres para com o Estado; o *status* positivo que é a expectativa de que o Estado atue em favor do cidadão cumprindo com determinada prestação; o *status* ativo, em que o indivíduo é competente para influir na formação do Estado como, por exemplo, exercendo a soberania popular através do sufrágio universal; e, finalmente, o *status* negativo, considerando cada cidadão como um homem livre na posição de se voltar contra o Estado sempre que necessário. Este *status* oferece aporte ao direito de resistência. MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 255.

A objeção por motivo de consciência adentra no ordenamento constitucional brasileiro e quebra a rigidez pragmática, trazendo questões ligadas ao Estado Democrático de Direito. Buzanello traz:

Nos estados democráticos, a objeção de consciência pode ser considerada como qualquer outro direito fundamental, contudo é matéria de contínuo debate público, principalmente sobre a elasticidade desses direitos. O Brasil reconhece a objeção de consciência, como vários países também o fazem; contudo, ela não possui uma estrutura política e jurídica única no mundo, visto que vem sendo adotada de forma particular em cada Estado, uma vez que alguns lhe dão destaque constitucional, outros estabelecem em leis extravagantes e outros, ainda, pela hermenêutica jurídica.²⁵²

A liberdade individual de cada um é a matriz de construção da objeção por motivo de consciência, pois a conduta adotada de objetar é a motivação interna de cada cidadão em se opor. A individualidade de cada um é preservada. E é o grau de aceitabilidade da imposição da norma que vai delinear a conduta moralmente aceita por cada cidadão. Buzanello explica:

A liberdade de consciência é o núcleo de fundamentação da objeção de consciência, pois reflete a liberdade de crença e de pensamento. Não de uma liberdade geral, mas de uma liberdade singular não pautada na igualdade entre os indivíduos. [...] Dela decorre que cada ser humano tem o direito de conduzir a própria vida como 'melhor entender', desde que não fira o direito de terceiros. Nitidamente, essa idéia espelha a liberdade de consciência, isto é, viver de acordo com sua consciência, pautar a própria conduta pelas convicções religiosas, políticas e filosóficas.²⁵³

Nitidamente a questão do individualismo atrelada aos princípios constitucionais da liberdade de pensamento e de crença, e de princípios como o da dignidade da pessoa humana ficam em um primeiro plano, se tratando de prerrogativas basilares para se invocar a objeção.

A objeção por motivo de consciência se respalda na interpretação dos incisos IV, VI e VIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em que se ressalta a liberdade de pensamento, consciência, crença religiosa e convicção filosófica e política.²⁵⁴

²⁵² BUZANELLO, op. cit., p. 141-142.

²⁵³ Idem, p. 138-139.

²⁵⁴ "Art. 5º. [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...]. VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]. VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política,

Vários podem ser os tipos de objeção invocados. Um exemplo é a objeção de consciência levantada quando questionada a norma do serviço militar obrigatório dentro da Constituição Federal de 1988 através da norma do art. 5º, inciso VIII cumulado com o art. 143, § 1º.²⁵⁵

O entendimento do objetor de que a guerra é imoral e desnecessária, acaba por surtir como suficiente para que o cidadão invoque a objeção e cumpra com serviços alternativos, deixando de prestar a obrigação.

Ainda, questões atuais como o aborto figuram dentro da esfera da objeção. O profissional da medicina, mesmo que esta prática seja lícita, pode argüir que o aborto vai de encontro aos seus propósitos morais, e pode se eximir de fazê-lo.

Neste caso específico, a recusa pode gerar um conflito com o crime de omissão de socorro.²⁵⁶ Uma vez que não havendo alternativa senão o aborto para salvar a gestante, e o profissional se nega a fazê-lo, incorrerá ele em sanção penal. Estados Unidos e França também reconhecem a recusa à prática do aborto por profissionais da medicina em suas legislações.²⁵⁷

No caso de objeção de consciência para a prática do aborto e incorrer o profissional da medicina em crime de omissão de socorro, se deve sopesar a situação concreta que põe em conflito os dois valores constitucionais. No caso específico, é conflitante o direito à vida e a liberdade de consciência, devendo prevalecer, neste entender, o direito à vida.

Da mesma forma aparece como objeção por motivo de consciência a doação ou não de órgãos e tecidos. Neste sentido, para evitar contrariedades, a lei concedeu opções ao cidadão de ser ou não ser doador conforme o estipulado, diferentemente do que decorre da prática do aborto.²⁵⁸

salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;" BRASIL. Constituição Federal de 1988, op. cit..

²⁵⁵ "Art. 5º. [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política; [...]. Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. § 1º - às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar". Idem.

²⁵⁶ Art. 128, inc. I c/c art. 135 do Código Penal Brasileiro.

²⁵⁷ BUZANELLO, op. cit., p. 144.

²⁵⁸ Lei nº 9.434/97 e Decreto nº 2.268/97.

Dentro da ótica religiosa, o trabalho aos sábados e a chamada cirurgia sem sangue²⁵⁹ também surtem como exemplos de objeção por motivo de consciência, tendo em vista que as religiões ligadas a estas questões impedem tanto uma quanto a outra prática, por serem atentatórias às crenças dos adeptos.²⁶⁰

3.2.2 A greve

Com previsão expressa na Constituição Federal de 1988, a greve²⁶¹, é uma forma de direito de resistência. Não só previsto por dispositivo próprio, como também derivado do catálogo fechado dos direitos e garantias fundamentais. Ferreira Filho esclarece:

O direito de greve, enquanto direito de não trabalhar, decorreria do art. 5º, inc. II – a liberdade de ação. A greve, isto é, a inação, poderia ter conseqüências contrárias ao trabalhador que recorre a ela como último recurso, permitindo sua dispensa etc. O reconhecimento do direito de greve lícita implica, portanto, exonerar o trabalhador dos prejuízos que advenham de sua inação.²⁶²

É uma variável de interpretação do direito de greve a prática do *non agere* com substrato jurídico fundamental, que mais tarde se consolidou em prol da classe trabalhadora.

Buzanello traz que “Durante anos, a greve foi a forma mais comum de desobediência civil da classe trabalhadora; agora, todavia, recebe proteção legal do Estado”.²⁶³ A partir de sua institucionalização, a greve se tornou um movimento constitucional originário. Quem acaba por praticar a greve, o faz da forma constitucionalmente prevista. E, igualmente, acaba por exercer o direito de resistência com previsão explícita.

Esta previsão constitucional formal do direito de greve separa, por força da legalidade, a greve conforme prevista no art. 9º da Constituição Federal de

²⁵⁹ Algumas das objeções levantadas colocam em conflitos direitos fundamentais, como no caso da não permissividade de doação de sangue como no caso da religião Testemunhas de Jeová, tendo como plano de fundo convicção religiosa. Frente à frente dois direitos fundamentais se confrontam: o direito à vida e o da liberdade de consciência, devendo prevalecer aquele que tiver maior peso, no caso a vida. BUZANELLO, op. cit., p. 145.

²⁶⁰ Idem, ibidem.

²⁶¹ “Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”. BRASIL. Constituição Federal de 1988, op. cit..

²⁶² FERREIRA FILHO, op. cit., p. 305.

²⁶³ BUZANELLO, op. cit., p. 136.

1988, da greve política²⁶⁴ ou da greve revolucionária que serve para enfraquecer o pólo patronal ou o próprio Estado.

A greve política atua no espaço não institucionalizado da tutela estatal, podendo se confundir com a desobediência civil, se caracterizando como um dispositivo de forma híbrida do direito de resistência.

3.2.3 Instrumentos constitucionais processuais

Assim considerados, a desobediência civil, a objeção por motivo de consciência e o direito de greve, há, ainda, a necessidade da efetivação destes direitos através de instrumentos constitucionais processuais que visam se confirmar por força do direito de petição aos órgãos públicos.

Sendo assim, o *habeas corpus*²⁶⁵, assim como outros remédios constitucionais, se afiguram como instrumentos processuais do exercício do direito de resistência. Previsto no art. 5º, inc. LXVIII condena a “ilegalidade e o abuso de poder”. Buzanello traz considerações a respeito:

Dos diversos procedimentos constitucionais políticos e jurídicos, chama-nos a atenção a correspondente instrumentalização do direito de resistência por meio do direito de petição, *habeas corpus*, mandado de segurança, ações de inconstitucionalidade, mandado de injunção e ação popular.²⁶⁶

A tutela jurisdicional constitucional se assemelha como de igual importância às previsões constitucionais formais do direito de resistência, pois sem a utilização de instrumentos processuais para a proteção do exercício do direito de resistência, os dispositivos que asseguram este direito na Constituição Federal de 1988 se tornam vazios, condenados a programaticidade.

Aqui reside a principal diferença entre o direito de resistência implícito ou considerado dentro de uma matriz aberta, para o direito de resistência explícito que é a sua viabilidade de ser exercido através de petição.

²⁶⁴ “GREVE. NATUREZA POLÍTICA. [...] Ademais, a legitimidade do direito de greve, decorre da ocorrência de movimento pacifista (art. 2º, da Lei 7.783/89), o que não se verificou na espécie, levando-se em conta até mesmo as agressões gratuitas a esta corte, promovida na “age” da categoria [...]”. BUZANELLO, op. cit., p. 378.

²⁶⁵ Aprimorado pelos ingleses através do *Habeas Corpus Act* de 1679 e que acabou servindo de matriz para outras Constituições com o intuito de proteger as liberdades fundamentais. COMPARATO, op. cit., p. 86.

²⁶⁶ BUZANELLO, op. cit., p. 223.

O direito de petição previsto no inc. XXXIV do art. 5º, alínea “a”, assegura ao demandante a manifestação contra a ilegalidade ou abuso de poder via petição aos órgãos públicos.²⁶⁷

Também, em face do Estado, o mandado de segurança é outro instrumento que protege direito líquido e certo quando há ilegalidade partindo do Poder Público.²⁶⁸

Estes expedientes processuais constitucionais fazem parte de um sistema de proteção contra a lei e contra atos emanados dos órgãos estatais. Garcia explica:

Na *proteção contra a lei*, os autores enumeram na fase de elaboração da lei: o *referendum*, o veto popular (*mandatory referendum*, do direito norte-americano). Após elaborada a lei: veto popular, controle da constitucionalidade (o *judicial review* do direito norte-americano), objeção de consciência, prevista em lei; greve, *recusa de obediência à lei injusta*, *resistência à opressão e a revolução*.²⁶⁹

Assim, o direito de resistência, além de ser invocado na sua materialidade, age com força (ou assim deveria) na proteção do cidadão da lei gravosa, ofensiva aos princípios constitucionais que devem prevalecer para garantir a respeitabilidade da ordem constitucional brasileira vigente.

3.2.4 A resistência ilícita

Há que se fazer a ressalva de que as formas de exercício do direito de resistência não podem ser confundidas com os crimes previstos no Código Penal brasileiro.

A previsão dos delitos de resistência e de desobediência configura-se como a chamada resistência ilícita.²⁷⁰ Buzanello esclarece:

A resistência ilícita se assenta 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

²⁶⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988, op. cit..

²⁶⁸ “Art. 5º. [...] LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;”. Idem.

²⁶⁹ GARCIA, op. cit., p. 202.

²⁷⁰ “Art. 5º. [...] XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;”. BRASIL. Constituição Federal de 1988, op. cit..

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.²⁷¹

Além do direito de resistência não poder ser invocado contra o Estado Democrático de Direito conforme preceitua o art. 5º, inc. XLIV, mas sim a favor da democracia e é esta a sua essência, o crime de resistência previsto no art. 329 do Código Penal brasileiro é considerado como um delito cometido por particular contra a administração em geral. Traz na sua redação a oposição do agente contra execução de “ato legal” mediante violência ou ameaça a funcionário público.²⁷² No entanto, Delmanto Et al. ressalta:

[...] É indispensável a legalidade, não só *substancial* mas também *formal* (meio e forma de execução), do ato a que o agente opõe resistência. A ilegalidade do ato do funcionário público torna legítima a resistência e afasta a tipicidade do comportamento.²⁷³

O tipo penal previsto está associado à conduta do agente que comete o delito, bem como quanto à legalidade do ato do funcionário e a competência do mesmo em razão da sua função.

Da mesma forma, o delito previsto no art. 330, configura o crime de desobediência e, igualmente, está vinculado aos funcionários públicos. O agente que desobedece à “ordem legal” incorre no crime de desobediência. Delmanto Et al. acrescenta que, da mesma forma que o crime de resistência, é indispensável para a sua configuração “a sua legalidade, substancial e formal”. E continua: “A ordem pode até ser injusta, mas não pode ser ilegal”.²⁷⁴

Devido a estes fatores, os delitos previstos no Código Penal brasileiro acabam por não encontrar substrato no direito de resistência lícito firmado pela interpretação e pela analogia das normas previstas na Constituição Federal de 1988. A lei penal tem como objetivo punir aqueles que tendem a desobedecer ou resistir a atos legais emanados de autoridade pública competente. Isto acaba por escapar do conceito jurídico lícito do direito de resistência, como bem se assinalou.

²⁷¹ BUZANELLO, op. cit., p. 126.

²⁷² “Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio: Pena - detenção, de dois meses a dois anos. § 1º - Se o ato, em razão da resistência, não se executa: Pena - reclusão, de um a três anos. § 2º - As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência”. DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 654.

²⁷³ Idem, ibidem.

²⁷⁴ Idem, p. 654-657.

3.3 UMA PROPOSTA PARA O DIREITO DE RESISTÊNCIA

Estabelecida a presença do direito de resistência na Constituição Federal de 1988 primeiramente através de cláusula aberta, por força do disposto no § 2º do art. 5º, e através de dispositivos do rol dos direitos e garantias individuais, se faz necessário resgatar o que foi proposto para este direito nos debates da Assembléia Nacional Constituinte, a ANC.

A presença do direito de resistência se consolida na forma da desobediência civil, da objeção por motivo de consciência e da greve, e sua instrumentalização está assegurada através de dispositivos constitucionais processuais. O Supremo Tribunal Federal, na função de guardião da Constituição, também confirma sua presença em sede de controle de constitucionalidade.

O direito de resistência é assim considerado como um direito fundamental. Opera com força constitucional principiológica. Também, uma garantia do cidadão e um dever como exposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Com este *status* de norma polissignificativa, o direito de resistência se desdobra em um âmbito de discussão ainda tímido e fugaz, pois faz emergir as mazelas do Estado na representatividade pífia dos seus governantes. Buzanello ressalta:

O problema constitucional do direito de resistência está na garantia da autodefesa da sociedade, na garantia dos direitos fundamentais e no controle dos atos públicos, bem como na manutenção do contrato constitucional por parte do governante. O direito de resistência, entendido como garantia individual ou coletiva regida pelo direito constitucional, está a serviço da proteção da liberdade, da democracia e também das transformações sociais, na medida em que governantes e governados estão sujeitos ao Direito e, sendo assim, ambas as partes só estão obrigadas enquanto cumprirem o conteúdo do contrato [...].²⁷⁵

O cumprimento do contrato, como ponderou Buzanello, é a busca pelo sepultado ideal de liberdade do século XVIII.

Pode-se dizer que o direito de resistência existe e não pode ser negado. Seja através de interpretação constitucional ou das modalidades apontadas, mesmo que o seu verdadeiro significado de direito natural não esteja expresso na Constituição.

²⁷⁵ BUZANELLO, op. cit., p. 168-169.

Deste modo se faz necessário perpassar a noção de Constituição e de, mais adiante, reiterar a necessidade de expressar o direito de resistência na Constituição Federal de 1988.

3.3.1 Constituição “cidadã”?

A Nova República, a partir da eleição de Tancredo Neves em 1985, foi o início de uma fase de instauração de uma série de mudanças no panorama político brasileiro, que tinha por objetivo, dentre outros, o rompimento com a legislação opressiva do período ditatorial. Estas mudanças dentro do país seriam definitivamente instauradas com a inauguração de um Poder Constituinte em 1986 (o início dos trabalhos se deram em 1987) visando concretizar a cidadania e a democracia nos termos de uma nova Constituição.²⁷⁶ Tavares descreve o período do regime de exceção no Brasil:

No Brasil se sabe que, durante várias décadas, vingou um regime de exceção, de restrição, baseado no modelo dos governos autoritários, ditatoriais. Contudo, muitos desses governos acabaram se autodeclarando democracias. Essas intitulações não passavam de verdadeiras carapaças forjadas para confundir e conferir legitimidade ao discurso político de cunho autoritário. Nessa amarga época, praticamente todos os direitos individuais que desde há muito já haviam sido incorporados no ordenamento jurídico pátrio foram violados. Isso não foi, é certo, um fardo exclusivo do Brasil, havendo muitos outros governos que trilharam o mesmo caminho do desprezo pelo ser humano (no que até hoje se mantêm alguns poucos).²⁷⁷

A morte de Tancredo elevou o vice José Sarney à condição de presidente da Nova República, um político identificado com o “lado das forças autoritárias e retrógradas”²⁷⁸, comprometido com a falsa democracia que se espalhou pelos países da América do Sul e em outras partes do mundo.

Mas a caminhada com destino à democracia precisava continuar. Assim, através da Emenda Constitucional nº 26 foi feita a convocação para a instauração do novo Poder Constituinte. Esta emenda trazia seu art. 1º, que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, de forma unicameral, deveriam se reunir para a ANC, na sede do Congresso Nacional.²⁷⁹

²⁷⁶ SILVA, op. cit., p. 88.

²⁷⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 367.

²⁷⁸ SILVA, op. cit., p. 89.

²⁷⁹ ARAÚJO, op. cit., p. 92.

Desta forma, com a morte do presidente eleito e a tomada do poder pelo vice, o mesmo Poder Legislativo que trabalhava com afinco no período de autoritarismo, era agora o responsável pela promulgação da Constituição chamada de “cidadã”. Araújo explica:

Em resumo, a convocação da Assembléia Nacional Constituinte foi uma vitória das forças políticas brasileiras mais democratas e progressistas, que defendiam a restauração da democracia e da normalidade jurídica no Brasil, tão fundamental para a correção das injustiças sociais e a garantia dos direitos humanos. Por outro lado, ela foi também, principalmente devido às limitações impostas pela forma de escolha dos constituintes, uma vitória dos oligarcas e reacionários, empenhados na manutenção de instrumentos antidemocráticos de poder, para impedir a modernização e a democratização do país.²⁸⁰

Os debates da ANC foram tão extensivos quanto à própria Constituição, resultando em uma documentação concentrada em anais, com várias comissões e subcomissões responsáveis por discussões dos diversos temas constitucionais.

O verdadeiro alcance do que foi a promulgação da Carta Magna brasileira é bem ilustrado por Bonavides:

A promulgação da nova Carta representa, por conseguinte, um marco, mas não representa ainda o coroamento de todo o processo de reconstitucionalização ou mudança. Com efeito, estamos unicamente passando de uma a outra transição, a saber, da transição discricionária para a transição constitucional, do governo de um só Poder para o governo dos três Poderes, do regime do decreto-lei para o regime da Constituição, que tem por instrumento provisório a presente Carta até o País alcançar, um dia, a plenitude da legitimação institucional.²⁸¹

O país, assim, visava instaurar o que a Europa já havia vivenciado há séculos com os documentos ingleses e a Revolução Francesa. A Constituição Federal de 1988 era um resgate ao passado para se reescrever o futuro das entidades democráticas do país. E esta proposta tinha como pilar central a ênfase nos direitos fundamentais. Araújo destaca:

Como era de se esperar, e era este o desejo da sociedade brasileira da época, a Constituição Federal de 1988 deu uma ênfase grande aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana. Se por um lado ela evoluiu ao disciplinar os direitos e garantias fundamentais do cidadão, por outro, considerando a disciplina dada às questões

²⁸⁰ ARAÚJO, op. cit., p. 93.

²⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 156.

relacionadas à ordem econômica, ela manteve privilégios e injustiças sociais acumulados ao longo da história do Brasil.²⁸²

Isto se confirmou pela presença de um catálogo de direitos fundamentais no art. 5º da Constituição Federal de 1988, onde várias liberdades e garantias foram concedidas ao cidadão, com ênfase à primeira dimensão de direitos.

No entanto, o direito de resistência não se fixou na Constituição promulgada a 05 de outubro de 1988, mesmo pertencendo a esta dimensão, como outros direitos como a vida, a liberdade e a propriedade, que restaram consagrados. Mas sua discussão passou pela ANC e foi levada a uma Comissão, como se passa a analisar.

3.3.2 O direito de resistência na ANC

O projeto de Constituição elaborado pelo Partido dos Trabalhadores (PT) em 1987 continha o direito de resistência à opressão, tal qual sua origem nos documentos liberais.²⁸³

Isto ensejou uma Emenda na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, em 1987, que acrescentava o direito de resistência: “Art. 2º [...]. Parágrafo único. É assegurado a qualquer pessoa o *direito de se insurgir* contra atos que violentem os direitos universais da pessoa humana”.²⁸⁴

O dispositivo era claro no sentido de completar o espírito da Carta Magna brasileira, contemplando o direito de resistência como autêntico direito fundamental de primeira dimensão, de *status* negativo frente ao Estado. Seria a formalização expressa de um direito de defesa contra as arbitrariedades do poder estatal.

A proposta foi discutida na Comissão, recebendo, inicialmente, a negativa do relator da votação. Mesmo com a concordância do Presidente dos trabalhos da ANC, Ulysses Guimarães, o texto apresentado por José Genoíno, deputado do PT por São Paulo, não acabou sendo aprovado. Foram 25 votos a favor da inclusão do direito de resistência contra 50 votos contrários. O dobro dos

²⁸² ARAÚJO, op. cit., p. 93.

²⁸³ BUZANELLO, op. cit., p. 336.

²⁸⁴ Idem, p. 336-337.

constituintes que concordavam com a proposta foi o quorum que rejeitou o direito de resistência.²⁸⁵

Na sua posição contrária, o Relator, deputado Darcy Pozza, do Partido Democrata Social (PDS) do Rio Grande do Sul, criticou a Emenda atribuindo inúmeros significados ao verbo “insurgir”, como contrário à democracia e à cidadania. Buzanello transcreve:

‘Pretende a Emenda do nobre deputado José Genoíno Neto que a Constituição assegure ‘a qualquer pessoa o direito de insurgir contra atos de autoridade pública que violentem os direitos universais da pessoa humana. O dicionário Aurélio define o verbo insurgir como sublevar, revolucionar, rebelar, insurreccionar [...]. o golpismo contra a Constituição e os preceitos democráticos podem ser repelidos, em nível institucional, pela aplicação plenamente possível do artigo 2º do Anteprojeto, onde se dispõe que a soberania do Brasil pertence ao povo [...]’.²⁸⁶

Em nome da institucionalização do Estado Democrático de Direito o direito de resistência acabou afastado do texto constitucional, sob temerosa interpretação de que se estaria criando um dispositivo que pudesse pôr em risco a soberania do país e os princípios democráticos que permeavam a Constituição da Nova República.

No entanto, tendo em vista o conteúdo e o significado da Constituição Federal de 1988 estarem relacionados com a afirmação dos direitos fundamentais, há que se elevar o dispositivo do direito de resistência à condição de norma fundamental, alocado junto a outros pilares de proteção à pessoa humana. E isto reflete uma necessidade constitucional brasileira, como se passa a analisar.

3.3.3 A necessidade de um dispositivo expresso para o direito de resistência

Ao longo deste capítulo, fundamentou-se o direito de resistência implícito e através de modalidades explícitas dentro da Constituição Federal de 1988. No entanto, para se perfectibilizar a afirmação do direito de resistência em sua acepção constitucional expressa, se faz necessária a retomada de uma proposta para tornar expresso este direito no ordenamento constitucional brasileiro.

Um exemplo de como o direito de resistência expresso na Constituição Federal de 1988 pode trazer grandes modificações pode ser compreendido

²⁸⁵ BUZANELLO, op. cit., p. 339.

²⁸⁶ Idem, p. 337.

inicialmente com a análise da previsão de *impeachment*²⁸⁷ do Presidente da República no caso de crimes de responsabilidade. O conteúdo substancial da norma do *impeachment* surge como de grande força normativa, no entanto de pouca praticidade.

Pelo sistema de freios e contrapesos (os chamados *checks and the balances* do direito norte-americano) adotado pela Constituição Federal de 1988, o Senado Federal, por força do art. 52, inc. I acaba por exercer a denominada função atípica ao processar e julgar o Presidente por estes crimes.

Como o controle dos crimes de responsabilidade escapa ao Poder Judiciário e o *impeachment* é norma prevista no art. 85 da Constituição Federal de 1988, sendo que o parágrafo único do mesmo artigo define que o processo e o procedimento destes crimes se darão através da Lei 1.079 de 1950, o processo de *impeachment*, que muito bem poderia servir como um exercício do direito de resistência acaba como uma entrincheirada luta entre os poderes. Isto porque ao povo se designa a restrita capacidade de protestar contra um crime e que venha a retirar do poder o governante que rompeu o contrato.²⁸⁸

Como restou demonstrado, a questão do *impeachment* não se coloca como uma ferramenta à disposição do povo, como se quer demonstrar com o direito de resistência expresso na Constituição Federal de 1988. E esta seria uma questão que se diluiria ao passo que se estabelecesse na Carta o direito de resistência para sanar a forma de exercício do poder em desconformidade com a democracia e a cidadania.

Assim como o modelo do *impeachment* adotado acabou por se firmar como uma norma constitucional não auto executável, passível de uma leitura legislativa complementar para se efetivar, a proposta debatida em torno do direito de resistência não alcançou êxito nas discussões na ANC. Sua relevância foi menosprezada, mesmo com todas as experiências anteriores que vivenciou o país.

²⁸⁷ “O *impeachment* é a arma do cidadão contra aquele que, tendo merecido a confiança para exercer um cargo público, age contra o interesse público, pondo em risco a existência das próprias instituições.” DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *A disciplina jurídica do impeachment*. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9109/1/A_Disciplina_Jur%C3%ADdica_do_Impeachment.pdf. Acesso em: 02 dez. 2008.

²⁸⁸ O *impeachment* de Fernando Collor de Mello, muito embora seja reconhecido como uma vitória das forças populares consagrou, igualmente, o despreparo do eleitorado brasileiro para a democracia. Também, cumpre destacar, que havia pressões dentro dos três poderes que visavam a destituição do Presidente. Muito provavelmente, a força popular, por si só, como titular do poder que dela emana, fosse incapaz de promover tamanha mudança.

No entanto, o debate em torno do direito de resistência não deixou de ser uma expressão da democracia. Silva Costa comenta:

Afinal, a democracia é isso: ao cidadão o que é do cidadão; ao Estado o que é do Estado. Nada de hegemonias. A hegemonia é da Constituição – o mais caro palácio do Estado de Direito. O Direito é que há de ser a bússola a conduzir as pretensões de todos. E somente o Direito, há de coroar as ações.²⁸⁹

Não é porque o país tenha atingido a democracia e que princípios constitucionais fundamentais como a cidadania e a dignidade da pessoa humana se mostram como presentes na Carta de 1988, que a concretização destes pilares ocorrerá de forma plena, sem ranhuras.

Se a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional e um direito fundamental, há que se materializarem dispositivos constitucionais que forneçam proteção a este direito.

Isto particularmente alcança importância no direito de resistência, pois foi o exercício deste direito, na forma de ato revolucionário emancipador, que criou as bases constitucionais que se desdobraram na contemporaneidade, em especial a Constituição Federal de 1988.

Através destes fundamentos é que se propõe a criação de um dispositivo constitucional autônomo para o direito de resistência, tal qual a Constituição de Bonn e a Constituição portuguesa firmaram de forma clara em seus textos.²⁹⁰

Embora, como já assinalado, o direito de resistência decorra de um sistema aberto de regras e princípios e esteja presente de modo explícito indireto, como a objeção por motivo de consciência e a greve, sua constitucionalização, como direito e garantia fundamental, através de um inciso no catálogo do art. 5º se mostraria como muito mais eficaz do que se tem na realidade constitucional do país.

Da mesma forma, há os dispositivos que restam por completar a ordem constitucional sob a forma processual, como os remédios constitucionais. Estes remédios são os meios pelos quais o cidadão se pode valer para perfectibilizar o seu direito constitucional, tornar efetivos seus direitos fundamentais. Ferreira Filho complementa:

²⁸⁹ SILVA COSTA, Célio. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992, p. 05.

²⁹⁰ GARCIA, op. cit., p. 293.

É bem de ver, porém, que, rigorosamente falando, as garantias dos direitos fundamentais são as limitações, as vedações, impostas pelo constituinte ao poder público. O *habeas corpus*, o mandado de segurança etc., são meios de reclamar o restabelecimento de direitos fundamentais violados: remédios para os males da prepotência.²⁹¹

Os “males da prepotência” estatal devem estar condicionados a estes remédios constitucionais que se mostrariam ainda mais eficazes se fossem utilizados contra o Estado, amparados no direito de resistência expresso na Constituição Federal de 1988.

A alternativa, portanto, seria retomar o direito de resistência no plano constitucional, no rol dos direitos e garantias do cidadão, de forma a estar vinculado não através de modalidades institucionalizadas aos chamados remédios constitucionais, mas sim expressivamente, para se obter a efetividade e a eficácia esperada da Constituição. Definitivamente, assim, a Constituição seria mais cidadã.

Isto traria diversas transformações e mudanças de forte cunho político. Tavares exemplifica:

Destaco, neste passo, o caráter democrático das previsões constitucionais, e foi justamente este caráter democrático da lei e o seu flagrante descumprimento que conduziram à preocupação e à conseqüente busca de compreensão desse estado, vinculando-a a um fenômeno específico que envolve o Direito de Resistência do MST. Para atender a essas necessidades, realiza-se uma investigação científica que tenta, mais especificamente, formular uma proposta para uma política de Reforma Agrária e urbana à luz do direito constitucional.²⁹²

Novamente vem à tona o exemplo das lutas por terra no Brasil em que acabam por se confrontar as disposições constitucionais da função social da propriedade e do direito de propriedade. Como citado, há a necessidade de uma “investigação científica” acerca de qual dispositivo é mais ou menos constitucional, gerando um confronto de princípios quando em verdade, uma vez exercido o direito de resistência, caberia ao Judiciário a análise do caso concreto em cima do direito constitucional de resistência, se este direito estivesse expressamente estipulado na Constituição.

Ademais, não se pode ignorar que o mundo dos fatos pode alterar a construção da norma jurídica. Monteiro acrescenta:

A resistência política, então, advinda da sociedade, do mundo fático, irá integrar o âmbito normativo, servindo como mais um dado no

²⁹¹ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 318.

²⁹² TAVARES, 2003, p. 115.

processo de concretização constitucional e criação da norma jurídica do caso concreto. E, por este método de interpretação, somente o caso concreto será capaz de fornecer os elementos para a criação da norma jurídica reconhecadora do direito de resistência, ou, em caso contrário, os elementos para sua negação.²⁹³

Desta forma, o direito de resistência não ficaria pendente de interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Ou o caso concreto envolvendo o direito de resistência possuiria embasamento constitucional ou não. Sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade ficaria evidente, não pairando dúvidas sobre a aplicabilidade da norma constitucional. Buzanello estende o problema:

A resistência, por não ter forma definida juridicamente, apresenta-se como um direito não formalizado e que escapa aos arquétipos da dogmática jurídica. O reconhecimento de direito dentro do sistema jurídico e a possibilidade de um direito atípico 'dentro de limites do sistema' mostra também ao sistema jurídico suas limitações epistemológicas. Dentro dos problemas epistemológicos, ainda nos falta um conceito convincente do que seja direito de resistência.²⁹⁴

É esta ausência de forma expressa do direito de resistência que impõe ao operador jurídico e ao intérprete da Constituição um apelo aos princípios anteriormente expostos, buscando sempre de forma subjetiva fazer valer este direito natural preterido em face de outros direitos, mas que possui na sua natureza originária significado análogo a maioria dos direitos descritos no art. 5º.

Ainda, esta normatização do direito de resistência, esclareceria o real significado da expressão "direito de resistência". Buzanello esclarece:

A expressão 'direito de resistência' é, em abstrato, suscetível de diversos tipos de abordagem, independentemente do lugar constitucional que se lhe apresenta conceder ou das variáveis que cada uma dessas espécies possa apresentar, o que, por conseguinte, dá motivo a interpretações conceituais distintas. Essa expressão, 'direito de resistência', reúne dois substantivos que têm origem em dois conceitos isolados: 'direito' e 'resistência'. Ambos são conceitos assimétricos e caracterizam-se por uma relação complexa.²⁹⁵

A assimetria e o contraponto do que é "direito" e do que é "resistência", em função da democracia e de uma ordem constitucionalizada seria retomada como a maior das liberdades, pois, além de ser um direito, uma garantia e

²⁹³ MONTEIRO, op. cit., p. 177.

²⁹⁴ BUZANELLO, op. cit., p. 112.

²⁹⁵ Idem, p. 113.

um dever de todos os cidadãos, se consolidaria como uma oposição expressamente constitucionalizada aos mandos e desmandos do Estado.

Com isto, se quer demonstrar a real necessidade do direito de resistência expreso dentro da Constituição Federal de 1988 na sua acepção originária e natural de *direito de resistência à opressão*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de resistência acaba por se mostrar como de especial relevância na doutrina jurídica contemporânea ao passo que é um direito fundamental à disposição do cidadão. Ao ser considerado um direito fundamental, sua operacionalidade ganha um *status* normativo de combate aos governos e às leis injustas, de forma individual e coletiva, tanto no âmbito jurídico quanto no campo político, motivando a sociedade a promover transformações.

Do que se pode extrair da resistência antiga, é que sua materialização serviu de base para a concretização de uma idéia de direito que se tornou com o advento das declarações de direitos, uma força. Esta força, exercida naqueles tempos de forma conflituosa, um embate armado para a retirada do soberano do poder, acabou por se solidificar em um direito fundamental com o advento do Liberalismo.

Mesmo que o Estado Liberal tenha fracassado e os problemas em torno dos direitos fundamentais cada vez mais se mostram em discussão na contemporaneidade, o direito de resistência conseguiu vencer o obstáculo da transição das bases antigas para a modernidade. Sua presença constante como um exercício pleno de direito, visando a derrocada do monarca tirano do poder, foi a grande justificativa para que o direito de resistência evoluísse.

A relação antiga entre reis e súditos foi transformada com o advento do governo civil. Mesmo com a pacificação das relações entre quem manda e quem deve obediência, o direito de resistência se firmou. Isto se explica pela idéia de lei que permaneceu como uma voz do Estado e que, quando revestida de injustiça, passou a ser questionada. Mesmo que o direito de resistência tenha perdido o romantismo do combate ao tirano, como na Antiguidade e nas lutas religiosas, não perdeu sua finalidade de combater o poder tirano dos governantes principalmente

quando se tem, no paradigma da atualidade, o modelo de se praticar atos através da lei, que nem sempre se mostra como justa.

Desta feita, sua incursão pelo constitucionalismo não poderia ficar relegada a uma mera lembrança das bases do direito natural. Sua atualidade acaba por se justificar, reiterando, pelo fato de que sempre irá existir alguém que irá mandar e alguém que restará como obediente. No entanto, e isto se mostrou defendido neste trabalho, a obediência não pode restar como a inflexível doutrina de um povo. Ao contrário. Aos governos deverá ser exercida a resistência.

Desta forma, o direito de resistência se firmou como uma grande arma à disposição do cidadão. E, na Constituição Federal de 1988, acaba por encontrar sua fundamentação aberta e fechada.

Pela história constitucional do país, tão marcadamente voltada para políticas de dominação, a afirmação de um direito de resistência expresso na Carta brasileira significa a última grande conquista de uma sociedade pluralista e democrática.

Em um regime de liberdades, em que se restam consagrados direitos e garantias individuais, a presença do direito de resistência expresso na Constituição Federal de 1988, tem por possuir o condão de conduzir a sociedade civil organizada rumo a uma representação política verdadeira, sem altruísmos de valores, e consagradora do contrato firmado entre governantes e governados.

A simbologia jurídica do direito de resistência tem por objetivo remeter a um canal de comunicação calcado na interpretação da Constituição como uma unidade política, legitimadora dos diversos mecanismos de proteção os quais dispõe o cidadão.

Esta não é a leitura do espírito do trabalho construído, mas sim do que se tem como resultado do estudo da afirmação do direito de resistência enquanto direito autônomo, pertencente a uma primeira dimensão de direitos fundamentais, que não pode ser suprimida nem ultrapassada em favorecimento de outros direitos.

A teoria dos novos direitos, onde se encaixa o direito de resistência pela sua natureza híbrida e capacidade de se afirmar ao longo da trajetória histórica do constitucionalismo, é a possibilidade que o cidadão tem de fazer, através da norma constitucional expressa, mudanças no contrato quando este for violado.

Acontecimentos anteriores, na história da humanidade, principalmente os vinculados à modalidade da desobediência civil, em que mudanças foram

estabelecidas sem que se invocasse um dispositivo normativo válido, são os principais indícios de que a sociedade do porvir, com menos dominação e maior participação, se mostra como uma realidade bem próxima de ser alcançada.

Em contrapartida, medidas que visam diminuir o principal vetor de uma ordem democrática, que se concentra na figura do povo, são a curto, médio ou longo prazo, capazes de gerar uma insatisfação dentro desta ordem, colidindo em fatos e acontecimentos que remontam aos períodos antigos do exercício da resistência, como se vê atualmente em nações que se aperfeiçoaram em negar os direitos e as garantias do homem, proliferando regimes de exceção.

O Brasil, ao despertar tardiamente para a democracia, talvez não tenha percebido através de seus legisladores, o quão importante se faz manter os direitos de primeira dimensão, como o direito de resistência, para que se possa oferecer um contraponto à lei injusta dentro do universo da legalidade que se mostra cada vez mais onipresente na sociedade atual.

A democracia se configura como a liberdade plena, o cumprimento dos direitos e dos deveres e a reciprocidade no contrato firmado, de forma a acentuar a importância de uma Constituição e o respeito que se deve ter a ela.

Não se vive mais em uma ordem absolutista, calcada no estado de natureza preconizado por Hobbes. Da mesma forma, não pode o cidadão, através da representação pífia de seus governantes, cumprir um papel meramente submisso.

Dentro do pacto federativo, uma vez que o Estado brasileiro se mostra como uma Federação, o direito de resistência deve surgir como uma mola propulsora de mudanças a qualquer tempo, não necessitando ser materializado de forma indireta ou através de um esforço de interpretação para obter êxito no seu alcance.

O Estado brasileiro, mesmo com a interpretação da Constituição aberta e pluralista, e com a consagração de uma ordem fundamentada em princípios e na axiologia da liberdade, se manteve distante do direito de resistência, em razão de algumas considerações sustentarem que este dispositivo atentaria contra o Estado Democrático de Direito. No entanto, isto foi trabalhado de forma errônea. Sua afirmação expressa elevaria a condição do país ao patamar de uma nação que garante efetivamente os direitos e as liberdades públicas do homem no seu mais alto grau de transparência e reciprocidade entre governantes e governados,

coadunando para um exercício cidadão de um dos direitos mais importantes da História e, neste entender, o direito que escreveu a história do próprio direito como ele se faz presente hoje.

Konrad Hesse e Peter Häberle, defensores de um constitucionalismo aberto e pluralista, são autores que demonstraram preocupação com o caminho do direito constitucional ao elaborarem suas teorias. Sabedores de que o positivismo constitucional poderia ficar à mercê de um livro fechado, enaltecem a luta por princípios constitucionais em detrimento do perigo da programaticidade das normas. Isto também foi uma forma de resistência. Uma resistência a uma Constituição estática e, portanto, com íntima ligação ao que se quer estabelecer como de natureza constitucional.

Mas, mesmo que esta proposta seja visualizada como uma utopia ou mais um ensaio de luta pela cidadania, a resistência à opressão, inevitavelmente, nunca deixará de existir. Seja isto em razão da interpretação do texto constitucional ou em razão da interpretação das modalidades explícitas indiretas do direito de resistência, que representam reminiscências de que um dia o homem quis ser definitivamente livre do Estado, ou pelo menos, estar em igualdade com ele.

Como afirmou Thoreau, e tal qual ele fez, cada cidadão deve “serenamente” declarar guerra ao Estado, de forma a fazer deste combate a sua voz, a sua representação política e, conseqüentemente, o seu ideal de liberdade. A liberdade é irrenunciável e indisponível. Nenhuma força, tão pouco o Estado, pode retirar a liberdade de um povo. Isto é resistência.

Enfim, derradeiramente, é importante afirmar que este trabalho não teve a ousadia de tentar esgotar a temática relativa ao direito de resistência, mas sim, fazer um resgate deste direito histórico e nuclear dentro da evolução dos direitos fundamentais ao mesmo tempo em que se buscou demonstrar a sua presença na atualidade, em especial na Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição “cidadã”.

REFERÊNCIAS

ADOMEIT, Klaus. *Filosofia do direito e do Estado*. Vol. I: Filósofos da Antiguidade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa - Omega, 1990.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARAÚJO, Cláudia de Rezende Machado de. *O direito constitucional de resistência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Escala, 2007.

BEDIN, Gilmar Antonio. Direito natural. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006.

Bíblia Sagrada. São Paulo: Ave-Maria, 1994.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Brasília: UNB, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>. Acesso em: 20 nov. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 05 nov. 2008.

BROCHADO, Mariá. *Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

CAPEZ, Fernando, CHIMENTI, Ricardo Cunha, ROSA, Márcio F. Elias e SANTOS, Marisa F. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASELLA, Paulo Borba. Constituição e direito internacional. In: CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera Lúcia Viegas (Coord.). *Direito da integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Código de Hamurabi: Código de Manu, excertos: (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas. Bauru: EDIPRO, 1994.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Dilvanir José da. *Curso de hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *A disciplina jurídica do impeachment*. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9109/1/A_Disciplina_Jur%C3%ADdica_do_Impeachment.pdf. Acesso em: 02 dez. 2008.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FINLEY, Moses. *Aspectos da Antiguidade*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril, 1974.

HOBBS, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 1996.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na Modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

LUCAS, Douglas César. Desobediência civil. *In: Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: UNISINOS/Renovar, 2006.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideú: Mastergraf, 2005.

MATEUCCI, Nicola. Contratualismo. *In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política*. Vol. 1. Brasília: UNB, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1996.

MONTEIRO, Maurício Gentil. *O direito de resistência na ordem jurídica constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

PANNIKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? *In: BALDI, César Augusto (Org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Teoria democrática da resistência*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

PÉREZ LINDO, Augusto. *A era das mutações: cenários e filosofias de mudanças do mundo*. Piracicaba: UNIMEP, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/6dcc90d0a84504a380256f3800399ed2?OpenDocument>. Acesso em: 10 out. 2008.

PRIMEIRA INSTÂNCIA. Revista da Justiça Federal do Rio Grande do Sul. Ano IV, nº 10, Março de 2007.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Brasília: UNB, 1985.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SCIACCA, Michele Federico. *História da filosofia: Antiguidade e Idade Média*. Vol.I. São Paulo: Mestre Jou, 1962.

SANTOS, Arlindo Veiga dos. *Filosofia política de Santo Tomás de Aquino*. São Paulo: José Bushatsky, 1954.

SANTOS, Ivanaldo. *Tomás de Aquino e o direito à resistência contra o governante*. *Ágora Filosófica*. Recife, Ano 1, v. 1, p. 03, jul.-dez. 2007. Disponível em: www.unicap.br/revistas/agora/arquivo/artigo%203.pdf. Acesso em: 11 nov. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SIEGAN, Bernard H. *Como elaborar uma Constituição para uma nação ou república que está despertando para a liberdade*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA COSTA, Célio. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992.

SILVESTRE, Armando Araújo. *Calvino e a resistência ao Estado*. São Paulo: Mackenzie, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002

TAVARES, Giovani de Oliveira. *Desobediência civil e direito político de resistência: os novos direitos*. Campinas: EDICAMP, 2003.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Porto Alegre: L&PM, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. Direitos fundamentais. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.