

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO

O DIREITO DE RESISTÊNCIA
COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL

JOSÉ CARLOS BUZANELLO

FLORIANÓPOLIS - 2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO

O DIREITO DE RESISTÊNCIA
COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL

**Tese apresentada ao Curso de Pós-
Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina, para obtenção
do título de Doutor em Direito.**

JOSÉ CARLOS BUZANELLO

Orientador:

PROF. DR. SILVIO DOBROWOLSKI

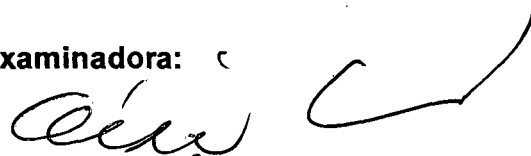
FLORIANÓPOLIS - Fevereiro - 2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO

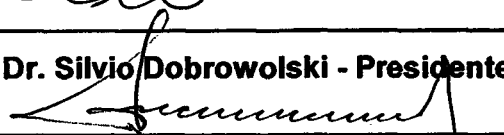
A Tese **DIREITO DE RESISTÊNCIA COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL** elaborada por **JOSÉ CARLOS BUZANELLO** e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de **Doutor em Direito**.

Florianópolis, 23 de fevereiro de 2001.

Banca Examinadora:



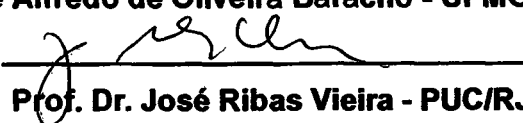
Prof. Dr. Silvio Dobrowolski - Presidente



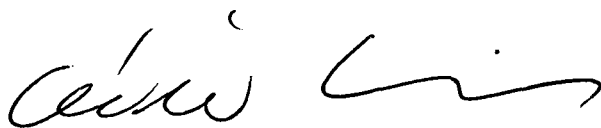
Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer - UFSC

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior - UFSC

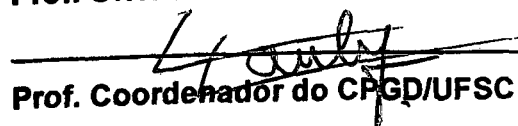
Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho - UFMG



Prof. Dr. José Ribas Vieira - PUC/RJ



Prof. Orientador Dr. Silvio Dobrowolski - Presidente



Prof. Coordenador do CPGD/UFSC

Prof. Dr. Christian Guy Caubet
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC

AGRADECIMENTOS PESSOAIS

Agradecimentos pessoais: a Wânia Gonzalez, minha companheira, que tem compartilhado o cotidiano das minhas aflições acadêmicas;

Aos professores da UNIGRANRIO, nas pessoas de Adrian Sgarbi, Carlos Nicodemos, Fernando Quintana, Joaquim Oliveira, Lenawaine Barbosa de Melo e Oswaldo Agripino de Castro Jr.;

A todos aqueles que deram as suas contribuições, cada um de seu modo, para a conclusão deste trabalho: Waléria Gonzalez, na função de pesquisadora-estagiária; Eliana Vilaron (tradução); Ângela Cristina da Silva (digitação e revisão) e Airton Montagner e Renato Barraca (revisão do texto) e Plínio Cruz (editoração);

A Laudir Cerezer, o amigo de sempre; e ao "resistente jurídico" de todas as horas, o advogado Leonardo Egito Coelho.

Agradecimentos Institucionais: à UFSC, na pessoa do Orientador, Prof. Silvio Dobrowoski; à UNIGRANRIO - Universidade do Grande Rio Prof. José de Souza Herdy, na pessoa do Reitor Prof. Arody Cordeiro Herdy; ao programa "Qualidade e Participação" da Universidade Estácio de Sá, pelo incentivo.

Homenagens políticas: ao MST - Movimento dos Sem-terra em prol da luta pela justiça social; ao Cardeal Dom Evaristo Arns, pela resistência contra a ditadura militar; ao estadista Nelson Mandela, pela resistência contra a tirania racista; ao Ministro Evandro Lins e Silva, pela luta permanente contra a injustiça.

RESUMO

A presente tese tem por objeto de estudo o direito de resistência, principalmente quanto a sua dimensão jurídica, tendo como fundamentos os teóricos modernos que justificam a sua existência.

O trabalho parte dos modelos jurídico-políticos clássicos (jusnaturalismo e positivismo) e analisa o desdobramento do direito de resistência na formação do Estado e a sua posterior institucionalização no constitucionalismo moderno. Dessa forma, enfatiza a temática da resistência não apenas como um problema político, mas também jurídico-constitucional.

O direito de resistência também é analisado à luz das doutrinas contemporâneas que estruturam seu estatuto jurídico, sua natureza, forma, conteúdo etc.

Por fim, a tese analisa a recepção desse instituto na Constituição de 1988 e a pertinência de sua inclusão no ordenamento constitucional brasileiro.

RESUMÉE

Cette thèse a pour objet d'étude le droit de résistance, son aspect juridique et les fondements théoriques modernes qui justifient son existence.

Ainsi, ce travail commence par l'analyse des modèles juridiques et politiques classiques (iusnaturalisme et iuspositivisme), et les dédoublements du droit de résistance dans la construction de l'État et sa postérieur institutionnalisation dans le constitutionnalisme moderne, relevant ainsi pas seulement sa dimension politique mais aussi juridique et constitutionnel.

D'ailleurs, le droit de résistance est aussi travaillé à partir des doctrines contemporaines qui structurent son statut juridique, sa nature, forme et contenu.

Finalement, cette tèse analyse la réception de ce droit dans la Constitution de 1988 et la nécessité de l'inscrire dans le texte constitutionnel brésilien.

ABSTRACT

The object of study of the present thesis is the right to resist, mainly in respect to juridical dimension, having as its foundations the modern theorists who substantiate its existence.

The work stems from the classic juridical-political models (jusnaturalism and positivism) and analyzes the unfolding of the right to resist in the formation of the State and its subsequent institutionalization in the modern constitutionalism. This way, it emphasizes the theme of resistance not only as a political problem, but also as juridical-constitutional one.

The right to resist is also analyzed in light of current doctrines which have structured its juridical statute, its nature, form, content, etc.

Finally, the thesis analyzes the reception of this institute in the Constitution of 1988 and the relevance of its addition to the Brazilian constitutional ordinance.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS PESSOAIS	iv
RESUMO	v
RESUMÉE	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1	20
1. O DIREITO DE RESISTÊNCIA NO PENSAMENTO MODERNO	21
1.1 A resistência como problema jusnaturalista	24
1.1.1 <i>Elementos jusnaturalistas</i>	31
1.2 Esboço do modelo hobbesiano	39
1.2.1 <i>A segurança jurídica</i>	48
1.2.2 <i>A resistência é possível?</i>	54
1.3 Esboço do modelo lockiano	64
1.3.1 <i>A legitimidade do direito</i>	72
1.3.2 <i>A resistência legítima</i>	77
1.4 A construção da sociedade política moderna	85
1.4.1 <i>O Estado e o direito em Hobbes e Locke</i>	87
CAPÍTULO 2	92
2. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE RESISTÊNCIA	93
2.1 Ordem política e poder jurídico	95
2.1.1 <i>Ordem política</i>	97
2.1.2 <i>Segurança jurídica</i>	104
2.2 Liberdade e a questão constitucional	112
2.2.1 <i>Questão constitucional</i>	114
2.2.2 <i>Direito e liberdade</i>	119
2.3 A institucionalização da resistência	132
2.3.1 <i>Resistência moderna</i>	134
2.3.2 <i>Resistência contemporânea</i>	141
2.4 Da legitimidade do direito de resistência	151
2.4.1 <i>Legitimidade e legalidade</i>	153
2.4.2 <i>Modelos políticos de resistência</i>	163

CAPÍTULO 3	172
3. ESTATUTO DO DIREITO DE RESISTÊNCIA	173
3.1 A construção conceitual do direito de resistência	174
3.1.1 <i>Análise dos conceitos estabelecidos</i>	176
3.1.2 <i>Conceito operacional</i>	181
3.2 Classificação do direito de resistência	184
3.2.1 <i>Objecção de consciência</i>	185
3.2.2 <i>Greve política</i>	192
3.2.3 <i>Desobediência civil</i>	196
3.2.4 <i>Autodeterminação dos povos</i>	204
3.2.5 <i>Direito à revolução</i>	208
3.3 Variáveis no exercício do direito de resistência	213
3.3.1 <i>Estruturas das variáveis</i>	213
3.3.2 <i>Interação das variáveis da resistência</i>	216
3.4 Estatuto constitucional do direito de resistência	223
3.4.1 <i>O problema constitucional da resistência</i>	224
3.4.2 <i>Limites constitucionais da resistência</i>	231
CAPÍTULO 4	235
4. DIREITO DE RESISTÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	236
4.1 Processo constituinte e direito de resistência	238
4.1.1 <i>Direito de resistência na assembléia nacional constituinte</i>	243
4.1.2 <i>A promessa constitucional de 1988</i>	248
4.2 Perspectivas constitucionais da resistência	255
4.2.1 <i>Resistência implícita</i>	262
4.3 Modalidades de resistência constitucional	267
4.3.1 <i>Objecção de consciência</i>	268
4.3.2 <i>Greve política</i>	273
4.3.3 <i>Resistência lícita e ilícita</i>	276
4.4 Modo de exercício do direito de resistência	284
4.4.1 <i>Instrumentos processuais constitucionais</i>	287
4.4.2 <i>Ação de inconstitucionalidade da lei injusta</i>	292
5. CONCLUSÃO	299

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	315
7. ANEXOS	326
ANEXO I - FONTE CONSTITUCIONAL E LEGISLATIVA DO DIREITO DE RESISTÊNCIA	326
ANEXO II - REQUERIMENTOS DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA	330
Formulário I: Declaração de imperativo de consciência.	330
Formulário II : Requerimento de vaga	331
Formulário III: Declaração de recusa ao serviço alternativo	331
ANEXO III - DIREITO DE RESISTÊNCIA NA ANC	332
Propostas Apresentadas Sobre Direito de Resistência	333
Votação da Proposta	334
Discussões Temática na ANC	336
<i>Direito de Resistência na Teoria Constitucional</i>	336
<i>Direitos e Garantias Fundamentais</i>	340
<i>Teoria Constitucional e Consciência de Direitos</i>	345
<i>Anistia e Reparação de Direitos</i>	351
<i>Segurança do Estado e Direito de Resistência</i>	353
<i>Equilíbrio Sociedade e Estado</i>	354
ANEXO IV - ATOS INSTITUCIONAIS	356
Ato Institucional nº 01	356
Ato Institucional nº 02	359
Ato Institucional nº 05	366
Ato Institucional nº 06	368
ANEXO V - A RESISTÊNCIA PARLAMENTAR APÓS 1964	371
Processo Márcio Moreira Alves	371
Reforma do Judiciário	372
Conclusão	374
ANEXO VI - RESISTÊNCIA NA POLÔNIA E NA IUGOSLÁVIA	375
Resistência na Polônia	375
Resistência na Iugoslávia	376
ANEXO VII - Movimento dos Sem-Terra - MST	378
Os Sem-terra Vistos de Fora - Ronald Dworkin	378

LEGENDA

ABI - Associação Brasileira de Imprensa
ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AI - Ato Institucional
ANC - Assembléia Nacional Constituinte
ARENA - Aliança Renovadora nacional
art. - Artigo
Cap. - Capítulo
c/c - combinado com
CCB - Código Civil Brasileiro
CE - Código Eleitoral
CF - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC - Código de Processo Civil
CPB - Código Penal Brasileiro
CNBB - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
CNI - Confederação Nacional da Indústria
CUT - Central Única dos Trabalhadores
DCN - Diário do Congresso Nacional
Dep. - Deputado
dic. - dicionário
DOU - Diário Oficial da União
EC - Emenda Constitucional
ed. - edição
EMFA - Estado-Maior das Forças Armadas
ESG - Escola Superior de Guerra
FEBRABAN - Federação Brasileira de Bancos
INCRA - Instituto Brasileiro de Colonização e Reforma Agrária
LICC - Lei de Introdução ao Código Civil
MDB - Movimento Democrático Brasileiro
MPE - Ministério Público Eleitoral
MST - Movimento dos Sem-Terra
OAB - Ordem dos Advogados do Brasil
ONGs - Organizações Não-governamentais
pg. - página
PCB - Partido Comunista Brasileiro
PDT - Partido Democrático Trabalhista
PDS - Partido Democrático Social
PFL - Partido da Frente Liberal
PMDB - Partido do Movimento Democrático Brasileiro
Prof. - Professor
PT - Partido dos Trabalhadores
Res. - Resolução
RT - Revista dos Tribunais
RTJ - Revista Trimestral de Jurisprudência
RBDP - Revista Brasileira de Direito Público
séc. - século

Sen. - Senador

ss - e páginas seguintes

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJ - Tribunal de Justiça

TRE - Tribunal Regional Eleitoral

TSE - Tribunal Superior Eleitoral

trad. - tradução

UBES - União Brasileira dos Estudantes Secundaristas

UDR - União Democrática Ruralista

UNE - União Nacional dos Estudantes

vol. - volume

Vd. - Vide

INTRODUÇÃO

A presente tese propõe-se a analisar o direito de resistência (*ius resistendi*) como problema constitucional. O governo é resistível nos marcos do Estado democrático de Direito? O Estado brasileiro admite o direito de resistência? Em caso positivo, em quais circunstâncias? Essas são as questões que pretendemos responder no curso dessa tese. Para isso, o trabalho parte dos modelos jurídico-políticos modernos (jusnaturalismo e positivismo) a partir de um debate de autores clássicos (Hobbes e Locke), para demonstrar como estes influíram na respectiva institucionalização da resistência nas Constituições modernas e contemporâneas. Dessa forma, enfatiza a temática da resistência não apenas como um problema político, mas também jurídico-constitucional.

Além disso, o que se propõe para a tese? Antes de tudo, organizar os conceitos, as espécies e os métodos de ação política e jurídica do direito de resistência, isto é, uma construção teórica alicerçada em fortes argumentos jurídicos e políticos. Então, a tese aborda o estatuto jurídico da resistência a partir de uma nova conceituação e classificação das categorias do direito de resistência para, ao final, analisar como todo esse debate e categorias foram recepcionados na estrutura constitucional vigente (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Desse modo, pretende-se proporcionar um novo enfoque que possibilite

o enriquecimento teórico do direito de resistência, como também subsidiar os instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais no Brasil.

Ao elaborar uma argumentação teórica do direito de resistência, parte-se do princípio de que ele está sujeito a uma teoria especial na ordem constitucional, tanto que os fundamentos que o direito de resistência requer – sejam eles jurídicos, políticos ou morais – têm como questões de fundo a legitimidade constitucional do poder político – quanto ao título ou ao exercício. Os temas referentes ao direito de resistência dizem respeito ao funcionamento do sistema de poder, às estruturas de governo, aos agentes políticos, às práticas sociais e às instituições jurídicas.

Assim, o direito de resistência se relaciona com o direito constitucional, já que é ele que dispõe sobre os limites do poder político e os direitos e garantias fundamentais do cidadão. O núcleo de desenvolvimento teórico e prático do direito de resistência assenta-se no reconhecimento da liberdade de expressão e manifestação. A existência de um Estado democrático constitui a condição necessária para a sobrevivência das liberdades públicas. A resistência está concebida para ser exercida pelo cidadão por meio da condição da liberdade. O espírito humano precisa de liberdade de ação e autonomia de vontade – por serem elementos formadores da "natureza humana".

O direito de resistência é quase sempre um direito político, mas transcende-o, em alguns casos, para tornar-se direito cível e penal. A resistência se enquadra na natureza de direito político por tecer a questão do poder entre os indivíduos, entre os indivíduos e os grupos e entre todos esses e o Estado, e vice-versa. De outra forma, o direito de resistência é um direito para se ter direito, isto

é, um direito secundário que supõe que seu exercício está em favor do gozo de um direito primário, como a vida, a justiça, a dignidade humana, a propriedade. Somente se justifica no caso de descumprimento de algum direito primário, tanto que opera quase sempre de forma similar a direito de defesa, pois aquele que resiste a uma ordem ilegal e injusta defende-se, não se prestando, contudo, a excesso, violência ou abuso de qualquer tipo.

Desta forma, a política e o direito se tornam junções articuladas no poder estatal. O ato político tem vocação jurídica de tal forma, que todos os Estados e regimes (capitalista, socialista, republicano, monárquico, democrático e tîrânico) organizam-se por meio do direito. Qualquer tirania busca uma estrutura legal; assim sucedeu com os Atos Institucionais do regime militar no Brasil, após o golpe de 1964 (Vd. Anexo IV). Desta forma, o regime se legaliza, mas não se legitima. Não é sem motivo que o direito de resistência nos remete à discussão da legitimidade do poder político, social e jurídico. Nesse entorno estão os elementos legitimadores e as condições materiais da sociedade civil, dos direitos fundamentais, da Constituição, do poder político e do Estado.

Em função do que foi exposto, fica evidente a vastidão do tema. Desse modo, torna-se impossível abarcar a totalidade do fenômeno da resistência, pois, para os fins da tese, há necessidade de prévia restrição do material de estudo, que se recorta como problema jurídico constitucional. Essas limitações epistemológicas não comprometem o estudo, apenas sinalizam para a ênfase teórica na abordagem jurídica dos fatos. De qualquer forma, a análise jurídica não dispensa a análise política, pois há um conhecimento teórico estruturado que respalda essa perspectiva, principalmente na teoria política moderna.

A pesquisa aborda os conceitos de Estado de Direito e de direitos e garantias fundamentais, inscritos no texto constitucional. Desse modo, o domínio da teoria constitucional é fundamental para circunscrever a problemática relação jurídica da sociedade civil com o Estado.

O exercício do direito de resistência está concebido dentro dos marcos da regularidade constitucional, como forma limitativa do poder estatal e da ação governamental. Propugna-se, dessa forma, pela unidade teórica das espécies do fenômeno da resistência (objeção de consciência, greve política, desobediência civil, autodeterminação dos povos e o direito de revolução), independentemente das suas extensões que tomaram assento constitucional, já que essas espécies de resistência podem atuar de forma contraditória, ao manter, transformar ou deformar os ambientes político-jurídicos.

O advento da resistência abre uma nova discussão sobre os "direitos fundamentais". O intuito da pesquisa não é tanto o de limitar a resistência à realidade constitucional, mas o de dotá-la de um sentido próprio na teoria do direito – um direito fundamental "atípico". Ao estruturá-lo como elemento do direito constitucional, não se pode perder de vista a sua natureza "atípica" e suas características estruturais ali contidas.

Dos Objetivos

São objetivos gerais que fundamentam a tese: 1º) fomentar a discussão sobre o direito de resistência, visando à construção de uma "teoria geral", ainda fragmentária e não-sistematizada; 2º) assegurar o acesso e a ampliação do catálogo de direitos fundamentais de cidadania; 3º) reforçar o discurso

democrático, ensejando assegurar e ampliar a consolidação da democracia no país. O direito de resistência torna-se um meio de prossecução e segurança do processo democrático.

Já os objetivos específicos são aqueles que detalham a estratégia geral da tese, como: 1º) demonstrar que o texto constitucional brasileiro admite *explicitamente* o direito de resistência e, também, *implicitamente*, no catálogo dos direitos materialmente fundamentais; 2º) efetivar os direitos fundamentais, notadamente as espécies ou modalidades de resistência expressas na Constituição (objeção de consciência, greve política, autodeterminação dos povos); 3º) ampliar o catálogo com os “novos direitos” no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, com a inclusão do direito de resistência, pela sua atualidade no sistema constitucional; 4º) analisar a tensão entre liberdade e autoridade, ou o diálogo entre sociedade civil e Estado e a correspondente aceitação ou assimilação do direito de resistência; 5º) demonstrar que os mecanismos de freios e contrapesos estatuídos do Estado são necessários, mas insuficientes para a proteção permanente dos direitos fundamentais.

A pesquisa elege como estratégias a efetividade constitucional e a previsão normativa constitucional do direito de resistência, mediante emenda constitucional do constituinte derivado, para não depender apenas dos repertórios hermenêuticos para sua maior efetividade jurídica.

Alcance e Atualidade do Problema

A idéia da resistência política acompanha a história dos homens. Nos primórdios da humanidade, cada qual fazia justiça com suas próprias mãos, e o

direito reduzia-se à mera justificação subjetiva desses atos de força. Resistir à opressão continua sendo o grande desafio da humanidade: desde o mundo antigo, passando pelo racionalismo jusnaturalista que inspirou o pensamento moderno do séc. XVI. A resistência somente tem um preciso significado na história do pensamento jurídico moderno, quando se concebem a limitação dos poderes e a proteção das liberdades individuais.

O desenvolvimento teórico da resistência é esparso na história e se move conforme as circunstâncias históricas. Não há uma identidade única ou uma forma definida. O tema da resistência possui certa imprecisão por causa da ampla gama de significados que lhe tem sido atribuída, o que dificulta sobremaneira sua adequada compreensão teórica. A resistência não oferece facilmente sua identidade à teoria do Direito, por não possuir contornos definidos quanto ao seu objeto metajurídico não dado *a priori*. Isso traz certa dificuldade na sua construção teórica, tanto que não é um dado a ser descoberto, mas algo a ser "recriado".

Não nos interessa determinar, dos tempos imemoriais, como e quando surge o instituto da resistência, mas sim os fatores históricos e os autores que fornecem sua "identidade", suas traves-mestras que atestem sua existência no tempo. Dentre os diversos ângulos da controvérsia sobre o direito de resistência, como problema tradicional dos juristas, políticos e teólogos, salienta-se a indeterminação do seu conceito diante do Estado. Apresenta-se muitas vezes em formas antagônicas quanto aos aspectos morais e políticos, como nos modelos: protestante, católico, jusnaturalista, liberal, socialista, humanista, anarquista e

outros. Em regra, os autores pré-modernos⁽¹⁾ do direito de resistência operam conceitos iguais ou similares aos praticados na teoria moderna⁽²⁾, ligados com o fato de "contrapoder" político.

A emergência histórica da resistência não deixa dúvida quanto a sua importância, não simplesmente pela robustez dos autores exponenciais do direito de resistência, como John Locke, mas principalmente pelo princípio da retenção última da soberania pelo povo (*ex parte populi versus ex parte principis*). Desse modo, sua importância está em ser mais um antídoto à tirania ou a qualquer ato injusto, como instituto de defesa social e mais um instrumento eficaz para coibir abusos de poder ou violações do Estado Democrático de Direito. O problema, assim colocado, é mais da sociedade do que do Estado, pois é a sociedade que deve provocar, aferir, lutar pelo aperfeiçoamento do Estado.

A construção teórica da tese alicerça-se nos princípios fundamentais da democracia e da dignidade humana, rechaçando qualquer situação injusta ou que ameace o princípio da justiça. A resistência somente pode alcançar sua profundidade teórica e prática dentro de um modelo democrático de Estado e de sociedade, em que as pessoas e as instituições dispõem da liberdade de pensamento muito cara a quem conheceu exatamente sua negação nos regimes de ditadura política. Dessa forma, demonstrar-se-á que, quando há a violação do Estado de Direito, como dos direitos fundamentais, por razões decorrentes do

¹ Resistência pré-moderna: na Itália, nos séculos XIII e XIV, respectivamente, São Tomás de Aquino (1225-1274), Marsílio de Pádua (1275-1343), Colúccio Salutati (1331-1406).

² Resistência moderna: na França, no séc. XVI, Etienne de La Boétie (1559-?) e Pedro José Proudhon (1809-1865); na Inglaterra, John Locke (1632-1704); nos Estados Unidos da América, Thomas Jefferson (1743-1826), Henry David Thoreau (1817-1862) e, contemporaneamente, Martin Luther King (1929-1968); na Índia, Mahatma Gandhi (1869-1948); na Rússia, Leon Nicolaievicht Tolstói (1828-1910), Mikhail Aleksandro-vitch Bakounine (1814-1876) e Principe Kropotkine (1842-1921).

regime político, avoca-se o direito de resistência como *ultima ratio* na tentativa de retorno à ordem democrática e do restabelecimento dos direitos ofendidos.

O exercício do direito de resistência requer a condição necessária da legitimidade do governante quanto aos seus atos políticos e jurídicos, problema esse que remete para a ordem constitucional. Desta forma, faz-se um questionamento sobre a "qualidade" do ordenamento jurídico, se é ou não justo. Outro problema fundamental é saber quando se pode invocar a resistência, ao se indagar: "é legítimo desobedecer às leis, e em que casos?" "Dentro de que limites?" "Por parte de quem?" A resposta a essa problemática é sempre complexa, pois está envolta em vários argumentos e novos questionamentos políticos e jurídicos, tais como a origem do poder político; os fundamentos da autoridade; os fundamentos e a dissolução do contrato social; as questões da autoridade e da obediência.

A pesquisa pretende contribuir para a transformação social dentro de uma perspectiva de ordem democrática com uma fundamentação constitucional. A resistência assume relevante papel na atualidade do Estado de Direito, pois, além da existência e do reconhecimento supõe uma aparente contradição entre o fundamento consensual desse Estado e uma teoria que apela para a utilização de meios não-convencionais (violência, omissão, desobediência, desobrigação) como *ultima ratio* para dirimir conflitos sociais.

Ao dizer que o direito de resistência somente se deve admitir quando for admissível na ordem jurídica, derrogam-se as liberdades naturais e só se faz transferir o problema: quando de fato é admissível? Não adianta tentar uma solução com poucas palavras e sem a devida reflexão, já que, na teoria do direito,

vale mais a discussão do que uma ação sem cálculo prévio das suas conseqüências.

O Problema no Direito Brasileiro

A pesquisa retoma uma área complexa do conhecimento jurídico, a qual não teve a devida atenção por parte dos juristas brasileiros. No Brasil, o direito de resistência tem sido pouco estudado. O tema, se não desprezado, foi ao menos omitido no debate do direito público. Não há uma literatura sistematizada sobre a teoria do direito de resistência, mas autores dispersos no tempo e com variações temáticas⁽³⁾.

Na história constitucional brasileira nunca se positivou expressamente o direito de resistência, mas nem por isso ele perdeu efetividade, pois estava presente nos movimentos sociais que lutavam por direitos ou pela democracia. Na experiência constitucional, o direito de resistência se insere no capítulo dos direitos fundamentais e das liberdades individuais.

³ Os autores brasileiros significativos que publicaram sobre o tema do fenômeno da resistência são: Hermes Lima. *Direito de revolução*. Bahia: Tipografia do Estado, 1926; Pedro Palmeira. *As leis Injustas e a sua sanção*. O direito de resistência. Recife: 1933; Baptista de Mello. *Direito de resistência*. In: Arquivo Judiciário, vol. XXXVII. Rio de Janeiro: 1936; Murillo de Barros Guimarães. *Um critério para solução do problema da resistência às leis injustas*. In: Revista dos Tribunais, Vol. 117. São Paulo: 1939; Josaphat Marinho. *Direito de revolução*. Bahia: Tipografia do Estado, 1953; Gofredo Teiles Junior. *Resistência violenta aos governos injustos*. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: julho/agosto de 1955; Antonio Machado Paupério. *O direito político de resistência*. Rio de Janeiro: Forense, 1962; Lourival Vilanova. Teoria jurídica da revolução. In: *As tendências atuais do direito público*. (Estudo em Homenagem ao Prof. Afonso Arinos de Melo Franco). Rio de Janeiro: Forense, 1976; Nelson Nery Costa. *Teoria e realidade da desobediência civil*. Rio de Janeiro: 1990; Maria Garcia. *Desobediência civil. Direito fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994; Márcio Túlio Viana. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado*. São Paulo: LTR, 1996.

Sem sombra de dúvida, essa pesquisa requer um tratamento abrangente para ser incorporada ao sistema político-jurídico, uma visão interdisciplinar e crítica que compreenda as análises jurídica, sociológica, política, antropológica e psicológica. Trata-se, aqui, de analisar e defender o direito de resistência em coexistência com o sistema constitucional, baseado no princípio da liberdade individual ou coletiva.

Reabre-se, assim, o livre desenvolvimento do instituto da resistência, que passou ao largo do último debate da Assembléia Nacional Constituinte (1987/1988). Entretanto, agora rearticulam-se fundamentos, princípios e critérios destinados a estabelecer os quadrantes do fenômeno e os pontos entrecruzados entre liberdade e poder ou legitimidade e legalidade.

O problema do direito de resistência, no sistema constitucional brasileiro, está colocado em dois aspectos: um, suscitado pela referência explícita, e outro, pela implícita. De um lado, o reconhecimento do direito de resistência operou-se pela via explícita em apenas algumas espécies: objeção de consciência (art. 5º, VIII c/c art. 143, § 1º, CF); greve "política" (art. 9º, CF); princípio da autodeterminação dos povos (art. 4º, III, CF). De outro lado, a construção constitucional elucida, de forma implícita, a materialidade da resistência. A materialidade se combina com os elementos constitucionais formais, como: os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, erguidos como fundamentos do Estado Democrático (art. 1º, III, V, CF); a abertura e a integração para dentro do ordenamento constitucional de outros direitos e garantias *decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados* (art. 5º, § 2º, CF).

Proposições Metodológicas

A pesquisa se situa no campo teórico-interpretativo do fenômeno da resistência, isto é, numa leitura empírico-social e na Constituição. A pesquisa não busca a simples abordagem descritiva do fenômeno da resistência como "algo isolado" da vida social e política do país, mas em harmonia com os demais direitos fundamentais e com os valores democráticos. Este método não deixa de incluir na lógica do seu desenvolvimento interno o próprio método dedutivo, o qual percorre o caminho inverso: de uma dedução demonstrativa do particular, a partir de premissas gerais. Por fim, faz-se necessário chamar a atenção para o fato de que um dos aspectos centrais do próprio método indutivo aqui adotado é seu movimento dialético indução-dedução.

A construção do referencial teórico possibilita a recuperação conceitual da resistência e serve para deslindar suas principais implicações político-jurídicas. Devido à natureza da pesquisa teórico-descritiva, serão desenvolvidos dois métodos de procedimentos: 1º - o método indutivo contempla a manifestação exterior do fenômeno da resistência absorvido pela hermenêutica constitucional. A tese trabalha com a hipótese da admissão de um sistema constitucional "aberto", em que se admite o direito de resistência; 2º - o método bibliográfico-documental possibilita a análise do material empírico dos Anais da Assembléia Nacional Constituinte do Brasil, de 1987 e 1988. A sistematização teórica de discursos, debates e votos, possibilita traçar algumas reflexões quanto ao processo constituinte, tendo em vista a construção de novos objetos de verificação do direito de resistência.

A leitura do fenômeno da resistência ocorre sob dois enfoques metodológicos: uma forma propositiva interdisciplinar que estimule a criatividade e a solução de problemas da sociedade democrática, e de outro, uma crítica parcial ao sistema jurídico. Essa concepção "crítica" do direito de resistência se enquadra no espaço de debates das escolas críticas, como: direito alternativo, pluralismo jurídico, positivismo de combate, positivismo de esquerda e direito natural de combate.

O enfoque metodológico interdisciplinar do direito de resistência se relaciona com o direito constitucional, a ciência política, os direitos humanos e a teoria do direito. A interdisciplinaridade com o direito constitucional se faz necessária por ser a disciplina que estuda a Constituição, fonte primeira de ordenamento do Estado e da sociedade; com a ciência política, porque esta se relaciona com a questão do poder, de quem manda e de quem é mandado; com os direitos humanos fundamentais, por tratar-se da defesa individual ou social contra atos ofensivos à dignidade humana ou à humanidade; e, por fim, com a teoria do direito, porque esta consubstancia o pensamento jurídico e aponta os elementos da sua própria hermenêutica.

Com esse paradigma metodológico (interdisciplinar e crítico) se neutralizam os principais obstáculos epistemológicos: 1º - a politização extrema do direito de resistência, que atesta sua "irreduzibilidade" às formas jurídicas, realidade, à primeira vista, incontrolável. Pois a dimensão política pertencente aos elementos de poder (luta, força, violência, conflito, organização, movimento social), podem em algum grau serem "juridicizados"; 2º - e a não construção teórica de princípios políticos de difícil especificação, como dignidade da pessoa humana, pluralismo e

justiça social. Da mesma forma, esses institutos podem ser "juridicizados", atestando sua "restitutibilidade" às formas jurídicas.

O problema da resistência levanta outras questões: 1ª - até que ponto a resistência compromete a governabilidade do Estado? 2ª - o sistema político democrático é suficiente para garantir a justiça nas relações entre Estado e sociedade? Essas questões perseguem o conjunto da pesquisa, que emergem das implicações político-jurídicas da resistência no âmago de um projeto democrático de Estado. Ninguém pode negar que a resistência se faz presente também na ausência de democracia, como foi a experiência histórica recente do nazismo e do totalitarismo. Então, sem dúvida, a condição democrática é necessária, mas não é suficiente para assegurar o desenvolvimento da resistência. Esse tipo de resistência, não amparado pela sociedade política, retorna às liberdades inscritas no estado de natureza, como registram Hobbes e Locke.

Algumas questões de estudo são colocadas pela atualidade dos seus conteúdos e pelos questionamentos e dilemas teóricos que a resistência suscita, tendo, por conseguinte, as seguintes variáveis: 1º - qual a possibilidade e qual o limite do exercício do direito de resistência no Estado Democrático de Direito? Nessa variável está contida a complexa questão da colisão dos direitos fundamentais com os direitos do Estado, e vice-versa, e a dificuldade do Estado no trato da resistência, quanto aos aspectos teóricos e às práticas possíveis; 2º - o sistema jurídico brasileiro admite a desobrigação jurídica? Em caso positivo, a hipótese indica que o sistema político admite a flexibilidade parcial da obrigação jurídica. Dessa abertura, incorpora-se o direito de resistência ao sistema jurídico

como instrumento de solução de conflitos sociais e de defesa da ordem democrática e da efetividade dos direitos constitucionais; 3º - quando o texto constitucional reconhece de modo implícito, por princípio, o direito de resistência, este possui a mesma eficácia jurídica de uma regra configurada de maneira expressa constitucionalmente? 4º - Como compatibilizar o ideal democrático no interior de uma perspectiva que visa, muitas vezes, à desconstituição da própria ordem político-jurídica? Conforme a intensidade dos conflitos sociais e políticos, a democracia pode sair comprometida.

Indicações de Seqüência

A pesquisa é apresentada em quatro capítulos: no capítulo primeiro, a resistência passa pela investigação de sua construção conceitual da resistência em dois grandes autores clássicos que estruturam a teoria de base da tese: Thomas Hobbes e John Locke. A partir dos autores serão analisadas as questões da segurança político-jurídica e da ordem legítima. No capítulo segundo, faz-se uma condensação histórica para explicar a institucionalização da resistência dentro do fenômeno constitucional. No capítulo terceiro, elaborase o estatuto jurídico do direito de resistência, a partir de uma nova estrutura conceitual e classificatória em dois níveis: modalidades e variáveis da resistência. No capítulo quarto, o último, há uma análise da recepção teórico-política da resistência no Brasil, privilegiando os debates constituintes para, ao fim, indicar algumas estratégias de acesso a esse direito.

CAPÍTULO 1

O DIREITO DE RESISTÊNCIA NO PENSAMENTO MODERNO

1. O DIREITO DE RESISTÊNCIA NO PENSAMENTO MODERNO

Neste capítulo pretende-se estabelecer os fundamentos teóricos do direito de resistência no pensamento político moderno, que se resumem na seguinte questão: é ou não possível resistir ao soberano (Hobbes) ou ao governo (Locke)?

Analisar-se-á a resistência como um problema do pensamento moderno, com ênfase no modelo jusnaturalista e sua repercussão na construção do Estado, a partir de dois pensadores representativos desse processo histórico, Thomas Hobbes⁽⁴⁾ e John Locke⁽⁵⁾, nas obras clássicas *Do Cidadão* e *Leviatã*⁽⁶⁾ e *Segundo Tratado Sobre o Governo*⁽⁷⁾. Serão analisadas as estruturas teórico-argumentativas dos autores, suas particularidades na organização de arquétipos, aqui denominadas "modelo", e as respectivas repercussões na formação do pensamento político-jurídico moderno.

⁴ O filósofo Thomas Hobbes realizou um projeto filosófico original que se manifesta num encadeamento lógico-dedutivo que arma e encadeia suas teses por meio da conjugação do método empirista com o racionalismo. As concepções de indivíduo e de Estado formuladas no *Leviatã* inserem-se dentro de um contexto histórico de lutas sociais e econômicas na Inglaterra do séc. XVII, precisamente o conflito entre o poder real e o poder do parlamento.

⁵ John Locke, considerado um dos maiores teóricos do liberalismo, exerceu grande influência política na Inglaterra e, mais tarde, na Proclamação da Independência dos Estados Unidos da América. A obra política de John Locke é contemporânea da Revolução Inglesa de 1689, onde ocorreu a queda definitiva do direito divino, e a instauração de uma espécie de monarquia constitucional. Toda vida pública de Locke se resume na luta incessante pela liberdade civil, política e religiosa, consubstanciada na sua obra, respectivamente: "*Carta sobre a Tolerância*", onde sustenta a tese de que o estado deve apenas cuidar do bem-estar social dos indivíduos e não tomar partido de uma religião. Já nos "dois" *Tratados sobre o Governo Civil*, desenvolve, no "*Primeiro*", a tese contra o absolutismo dos monarcas e, no "*Segundo*", as teses políticas liberais.

⁶ HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. trad. de R. J. Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1998; e, *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. trad. de J. P. Monteiro e M. B. Nizza da Silva. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

⁷ LOCKE, John. *O Segundo Tratado Sobre o Governo*. trad. de A. Alex. São Paulo: Abril, 1973.

A escolha dos autores e das obras se sustenta, por um lado, na sua adequação epistemológica ao objeto da tese, em especial no que se refere à compreensão teórica do fenômeno da resistência na construção do Estado e do Direito moderno – assentada nas categorias da legitimidade e da legalidade – e na concepção das bases do Direito moderno (público). Por outro lado, também pelo acentuado contraste de perspectiva e estratégia política: Hobbes, na sua intransigente defesa das prerrogativas da ordem política do soberano, que também declara o direito, de forma exclusiva; e Locke, na vigorosa defesa dos direitos naturais (individuais), fonte também de todo Direito. Nosso intuito, todavia, não é discutir a totalidade das obras, mas nos restringirmos à análise dos elementos políticos e jurídicos fundamentais para o desfecho da tese.

Os autores de base, Hobbes e Locke, concebem de formas diferentes, cada um ao seu modo, o direito de resistência. Hobbes, por ser o grande construtor da primeira teoria do Estado moderno, tem como questão central a unidade do Estado devido, em parte, a problemas históricos ligados à discórdia religiosa e ao dissenso entre o rei e o parlamento inglês: a ordem contra a anarquia. Todos os seus escritos orientam para a reconstrução de um sistema político seguro, embora, muitas vezes, ele possa confundir conceitos essenciais com os não-essenciais, levando o leitor a uma leitura complexa em passagens ambíguas e contraditórias, que muitas vezes se confundem em verdadeiros paradoxos. Locke se tornara o "teórico do ideal mais moderno da sociedade inglesa: o do modelo mercantil, que exigirá qualquer segurança vantajosa para o desenvolvimento da livre iniciativa no domínio da economia"⁽⁸⁾.

⁸ BOBBIO, N. *Locke e o direito natural*. 2ª ed. trad. de S. Bath. Brasília: UNB, 1998, pg. 81.

A política moderna é vista em diferentes perspectivas e concepções. A política é reduzida por Hobbes à gramática de dupla regência: *ordem e obediência*, numa relação vertical de poder entre soberano e súditos. O conceito de súdito empregado em substituição ao de cidadão corresponde inteiramente à lógica da argumentação hobbesiana. Locke considera a política moderna como *direito e segurança* sobre a vida e os bens, numa relação horizontal entre governo e indivíduo. Nessa relação de poder e de direito a política ora se confunde com a ordem, ora se confunde com o direito individual. Hobbes, por questões históricas e para fundar uma legitimidade real, fez a ligação entre a soberania e o direito positivo, ou sobre uma teoria do poder político e o sistema jurídico. Segundo Hobbes, o fim único da obediência à autoridade se encontra na proteção da própria existência, em que o soberano pode gerenciar todos os instrumentos de poder para alcançar seu objetivo - defesa da vida e do bem comum. O modelo propugnado por Hobbes pressupõe a condição de ordem e segurança e, de outro lado, a legitimidade de Locke informa algo mais que a simples ordem política, requerendo uma ordem boa ou justa inserida no conteúdo das normas jurídicas, como a liberdade, a igualdade e a propriedade, tendo como fonte legítima o povo.

A perspectiva histórico-universal moderna do "direito de resistência", como veremos, contribui para elucidar o conceito e as respectivas teorias da resistência. As primeiras expressões, como tiranicídio (o legítimo direito de matar o tirano) ou 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. As distintas teorias da resistência moderna permitem individualizar as respectivas modalidades e exercícios, diferentemente da concepção pré-moderna (antiga e medieval), que não era passível de ser agrupada por unidades teóricas devido à ausência da clarividência dos direitos individuais e dos direitos de Estado. O problema do direito de resistência reflete uma determinação de diferentes limites do direito do Estado e da sociedade. Da mesma forma, a resistência moderna transmuda-se de fato social para fato jurídico (teoria da gradação da positividade jurídica), como também desloca o problema, antes social, para o âmbito jurídico.

Do resultado da formação do Estado moderno se origina a complexa relação moderna entre legitimidade e legalidade, sendo que nasce com déficit de legitimação (o *tyrannus absque titulo*). É nesse período histórico, denominado "modernidade", que acontece a alteração da cultura política europeia desde o século XVI até o fim do séc. XIX.

1.1 A resistência como problema jusnaturalista

No ambiente cultural jusnaturalista é que se criam as condições políticas e culturais do Estado moderno, em que se desenvolve, além da teoria do Estado, uma teoria do Direito natural com ênfase no Direito público. Percebe-se, então, uma profunda mudança na maneira de se considerar a relação Estado/cidadão, muito por força da doutrina dos direitos naturais, que concebia uma noção de direito anteriormente à formação da sociedade política. Os jusnaturalistas partilham da idéia comum de um sistema de normas logicamente anteriores e

eticamente superiores às do Estado. Dessa forma, as normas de Direito positivo que se "oponham ao Direito natural, qualquer que seja o modo como for concebido, são consideradas (...) como ilegítimas, podendo ser desobedecidas pelos cidadãos"⁽⁹⁾. Há uma ordem natural anterior ao ordenamento jurídico, atingível pelo senso comum⁽¹⁰⁾, isto é, um Direito que é revelado por si só, captado pela razão humana e indutor da coexistência não-histórica dos homens, enquanto o Direito positivo necessita ser revelado pelo Estado.

A história do jusnaturalismo pode ser compreendida em dois períodos: um clássico, ou medieval, e outro moderno. Analisando o jusnaturalismo-moderno, que é o período que nos interessa para nossos propósitos, vemos que se relaciona com a chamada "Escola do Direito Natural". Desenvolve-se um conceito de razão, um racionalismo abstrato, adequado à nova visão do mundo, do homem e do cosmo. Deus ocupa uma posição secundária, quase descartável. Dentre as virtudes da escola, dois aspectos chamam a atenção: um, por ter criado a teoria política do Estado moderno e, outro, por ter elaborado o grande tratado de Direito natural com ênfase no Direito público. Num segundo momento, esses direitos se transformam em direitos individuais preexistentes à sociedade política.

Admitem-se três períodos distintos na evolução dos direitos naturais: o primeiro período compreende a teoria de Grócio, Hobbes, Spinoza e Pufendorf: o Direito natural residia meramente na prudência do governante. Entretanto, a "teoria dos direitos naturais nasce com Hobbes"⁽¹¹⁾, uma teoria completa que se tornará, mais tarde, por outros autores, um expediente para fundar a teoria dos

⁹ FASSÒ, G. "Jusnaturalismo". In: BOBBIO, N. (et alii). *Dicionário de Política*. 2ª ed. trad. J. Ferreira e outros. Brasília: UNB, 1986, pg. 656.

¹⁰ REALE, Miguel. *Nova Fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, pg. 21.

limites da soberania. Em Hobbes, o Direito natural apenas sinaliza a virtude da força do soberano, nunca numa condição de limite. O segundo período é caracterizado pelo liberalismo de Locke e Montesquieu. Locke salienta o Direito natural como condição-limite do governante, caso contrário ele pode ser derrubado; já o terceiro período é marcado pela crença da legitimidade do poder por meio da democracia, na lavra de Rousseau e Kant. Bobbio diz que, para além das divergências ideológicas do jusnaturalismo, há uma característica comum, a tentativa de construir uma teoria racional do Estado⁽¹²⁾, que se inaugura com as duas grandes obras políticas: *A República* (1576), de Jean Bodin, e *Do Cidadão* (1647), de Hobbes⁽¹³⁾. Assim sendo, Hobbes e Locke fazem parte da chamada "Escola do Direito natural", que compreende alguns dos maiores pensadores dos séculos XVII e XVIII, sendo que a resistência, como problema jusnaturalista, vai receber um tratamento conceitual em que as teses de Hobbes e Locke se tornaram decisivas para sua compreensão.

O Direito natural é conceituado de diferentes maneiras. Bobbio resume o fenômeno jusnaturalista em duas afirmações e três teses: 1) além do Direito positivo, há um outro sistema que ninguém pode negar, o Direito natural; 2) o Direito natural é superior ao Direito positivo. Dessas afirmações, Bobbio elabora três teses: 1) o Direito natural e o Direito positivo estão entre si numa relação de

¹¹ BOBBIO, N. *Thomas Hobbes*. trad. de C. N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991, pg.137.

¹² BOBBIO, N. *Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política*. 7ª ed. trad. M.A. Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, pg. 87.

¹³ BOBBIO, N./BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1986, pg. 36. A edição da obra "*De la republique*" de Jean Bodin também aparece com outro título "*I si libri dello stato*" na coleção dos "*Classici politici*", dirigida por L. Firpo, Turim: Utet, 1964.

princípio; 2) o Direito natural determina o conteúdo das normas jurídicas, enquanto o Direito positivo, tornando-as obrigatórias, garante-lhes a eficácia; 3) o Direito natural constitui o fundamento de validade do ordenamento jurídico positivo⁽¹⁴⁾. Disso se extraem dois elementos preponderantes do modelo jusnaturalista: o Direito natural, como *fonte*, e a *superioridade* do Direito positivo. Dessas assertivas extrai-se também que o Direito inferior (positivo) não pode revogar o superior (natural), caso contrário o primeiro será considerado injusto e não-válido. Atribui-se, mais tarde, ao Direito positivo a função de garantir a eficácia das normas de Direito natural.

A "Escola de Direito Natural" sistematiza e produz igualmente uma ciência do Direito, que constitui parte da estrutura do Direito público moderno. Essa teoria do Direito está apoiada em princípios e preceitos evidentes e deduzida numa forma lógica, que redundava na submissão do Direito natural-privado ao Direito positivo-público. Essa questão influenciou profundamente na difusão da idéia de que é necessário adequar o Direito positivo aos primados do Direito natural. Conseqüentemente, o contratualismo, de outro lado, produz teoricamente o direito de resistência dentro do modelo positivista.

O debate jusnaturalista difundiu com grande eficácia a idéia de um Direito natural moderno, ou seja, um Direito que tem a sua fonte exclusiva de validade na razão humana. O Direito natural contém normas anteriores e acima da lei positiva, que limitam racionalmente o legislador positivo a toda lei positiva que atribuir valor jurídico. O Direito natural, assim, tem prevalência sobre o Direito positivo, porque aquele esclarece e fixa o conteúdo e o valor universal do justo numa natureza

¹⁴ BOBBIO, N. *Thomas Hobbes*. ob., cit., pg. 138-139.

racional e imutável. Este haveria de submeter-se a seus princípios, sob pena de ditar leis injustas. O Direito natural, assim concebido, é o critério dado para apreciar a elaboração do Direito positivo, com o fito de produzir o verdadeiro Direito em conformidade com os preceitos de justiça, fixados no Direito natural e aplicados aos fatos naturais e sociais.

Numa perspectiva crítica, Hobbes e Locke, ao mesmo tempo em que se balizam pelo fio condutor do Direito natural, sabem que as leis naturais são válidas, mas não eficazes para constituir um poder político efetivo, devido à ausência de formas jurídicas, à não-sistematização de conteúdo e à ausência de poder coercitivo. Além disso, também porque atuam no tempo dessas construções teóricas, quando não havia uma sistematização estruturada do pensamento jurídico de natureza pública. Acresce-se a isso o agravamento da situação do direito natural pelo incontornável exercício de interpretação, que pode levar ao arbítrio do governante. Não há hierarquias e competências definidas para interpretação e julgamento de tais direitos, o que torna inseguros os indivíduos. A razão prescreve a necessidade da prudência do Direito positivo. Hobbes adota o Direito natural não para limitar o poder político – como fará Locke –, mas para reforçá-lo. Hobbes adota várias leis naturais substanciais para a paz: gratidão, sociabilidade, misericórdia, moderação, imparcialidade, falta de generosidade, soberba, discórdia e vingança. O que coloca Hobbes no modelo jusnaturalista é o reconhecimento de que existe um Direito natural além do Direito positivo; mas, ao mesmo tempo, ele se manifesta contrariamente ao modelo por conceber de forma diferente a natureza das leis naturais e das leis positivas, umas apenas com força moral e outras com força jurídica. A "sólida solução", assente entre os autores, foi

a necessidade da positivação jurídica, isto é, da combinação de regras com instituições com vista à "segurança jurídica" da sociedade, ou seja, mediante regras claras de convencimento ou coerção física. Direito produzido por um poder central tão irresistível que torne desvantajosa a ação injusta ou criminosa.

Hobbes registra que a lei de natureza e a lei civil contêm-se uma à outra, em idêntica extensão, consistindo a lei de natureza nas virtudes morais da equidade, da justiça e da gratidão, o que não constitui propriamente um conjunto de leis, mas qualidades que predispõem os homens para a obediência e a paz. Já as leis civis são ordens do Estado e não virtude moral, que impõem a todos a obrigação⁽¹⁵⁾. "As leis de natureza não são absolutas, mas relativas a um fim, pois a obrigação que delas deriva não é incondicional, mas condicionada para a obtenção de um fim"⁽¹⁶⁾. Hobbes reduz o direito natural a uma obrigação moral, a uma obrigação em consciência, no máximo a um reforço ao poder do soberano, porque essas leis naturais prescrevem para o legislador os comportamentos futuros das leis positivas. A lei natural hobbesiana somente é obrigatória se está em conformidade formal com a lei positiva, enquanto para Locke é o contrário: a lei positiva é obrigatória somente e na medida em que conforma a lei natural substantiva. A questão central que está na conformação da exigibilidade da obrigação, possível somente com o Direito positivo, é a justiça formal. O direito natural abdica diante da força do Direito positivo estatal.

Assiste razão a Hobbes e Locke, pois o Direito natural é contraditório em duas perspectivas: a primeira, de ordem pública, representa inovações na sistematização geral do Direito ao ampliar a análise do fenômeno jurídico para o

¹⁵ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 162.

Direito público, com a finalidade de estabelecer os fundamentos e os limites do poder político. O direito, então, transcende o direito privado romanístico, centrando-se mais nas coisas privadas propriedade⁽¹⁷⁾ e nos contratos do que nas coisas públicas. Mas, de qualquer forma, a construção do Direito público se dá graças às grandes experiências e teorias do Direito privado, sobretudo com a teoria dos contratos que, ao ser reconstruída, vai servir para explicar e fixar os limites da relação entre soberano e súditos. Mais do que isso, o Direito público moderno teve que dar conta de uma problemática desconhecida da sociedade antiga e medieval: o conflito de poder temporal com o poder espiritual, base da discussão entre moral e política, que, no caso de Hobbes, implica a redução da primeira à segunda.

A segunda perspectiva de ordem privada se mostrou um obstáculo a inovações no direito privado, agora positivada principalmente na questão referente aos sujeitos de direito e à propriedade, que assumiam valores absolutos. O fato de se encararem tais direitos como absolutos, ou seja, como inatos à qualidade de ser humano, levou a grandes conflitos quando da sistematização do Direito positivo. A visão do jusnaturalismo numa perspectiva individualista induz, posteriormente, os sistemas jurídicos a centralizar no indivíduo o ponto de partida para a construção da doutrina do direito. A

¹⁶ BOBBIO, N. *Thomas Hobbes*. ob., cit., pg. 111.

¹⁷ QUINTANA, Fernando. *La ONU y la exégis de los derechos humanos (una discusión teórica noción)*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999, pg. 267. Las orígenes de la propiedad, como noción jurídica, pueden ser abordados desde dos ángulos que corresponden a dos maneras de ella expresarse: el espíritu jurídico de la tradición civilista-romana; y el espíritu jurídico de inspiración cristiana. Desde la primera, la propiedad es un derecho que sufre restricciones, las cuáles provienen del derecho de igualdad, y de las leyes que si bien pueden reducir su ejercicio efectivo no alteran su naturaleza absoluta, es decir, que su no está destinado a la obtención de ningún fin positivo. Desde la segunda vertiente, y a diferencia del procedimiento romano-civilista, la propiedad es definida principalmente por su orientación, contenido y/o finalidad social".

concepção individualista significa, em primeiro lugar, a presença do indivíduo, o qual possui valor em si mesmo, para somente depois virem o interesse coletivo e o Estado.

A contradição do Direito natural reside no fato de operar simultaneamente com duas categorias antinômicas: pretende, de um lado, equalizar a relação entre as partes (governo/súdito) do poder político e, de outro, absolutiza os sujeitos de direito e a propriedade privada. Dentre as várias interpretações que se possa ter quanto ao jusnaturalismo está a de Hobbes, o qual concebe o Direito natural como fonte primeira e absoluta da obediência, como cumprir os contratos, pena que não é obrigatória e exigível. Para Locke no Direito natural está a fonte e o fundamento do direito de resistência, porque o poder político é revogável e limitado, e não é irrevogável e ilimitado como queria Hobbes.

Dessa compreensão surge a afirmação de Bobbio de que a história da filosofia política desses dois séculos coincide em grande parte com a história do jusnaturalismo⁽¹⁸⁾. Cria-se um ambiente que vê a lei natural como direito e não como obrigação, como o "direito de resistir ao soberano que transgrediu as leis naturais, transformado, assim, de imperfeita em perfeita e de interna em externa a obrigação do soberano"⁽¹⁹⁾.

1.1.1 Elementos jusnaturalistas

A concepção teórica do modelo jusnaturalista não é uniforme, contudo é assente quanto à ênfase na realidade empírica como objeto de reflexão, isto é, valoriza a questão fática como meio de explicar os problemas humanos e da

¹⁸ BOBBIO, N./BOVERO, M. *Sociedade e Estado...*, ob., cit., pg. 34.

natureza. O modelo jusnaturalista em regra é constituído com base em dois elementos fundamentais e dicotômicos: o estado de natureza e a sociedade política (Estado), organizado num conjunto concatenado de elementos, a começar pelo contrato social, pela função do soberano, pela liberdade e pela igualdade dos súditos permeados pelo direito natural. A idéia contratualista para obter obediência de outrem suscita a questão do poder legítimo, problema muito caro para o Estado moderno, cuja emergência não pode sustentar-se mais numa mediação do tipo divino, senão estritamente racional. É atribuído um valor antitético com relação aos elementos do modelo, pois para quem atribui um valor negativo ao estado de natureza a sociedade política tem um valor positivo, e vice-versa. Entre os dois momentos, há uma relação de contraposição: o estado natural é o estado não-político, e o estado político é o estado não-natural⁽²⁰⁾. A teoria do Estado no pensamento jusnaturalista parte do indivíduo isolado ou associado, pois os homens vivem na sociedade política ou no estado de natureza, não podendo viver concomitantemente em um e outro estado. O estado de natureza transmuda-se para a sociedade política, movida pelo instinto de conservação ou pela razão.

Segundo a lógica contratualista, o estado de natureza se contrapõe ao estado político da mesma forma que o reino animal - em que cada um segue seus instintos - se contrapõe ao reino humano, mundo regido pela razão e pela cultura. De outra forma, recupera-se a discussão do Direito como necessidade ou condição ética. O estado de natureza é uma hipótese do intelecto que não existiu historicamente, entendido como estágio civilizatório pré-político, porém não pré-

¹⁹ BOBBIO, N. *Thomas Hobbes*. ob., cit., pg. 137.

social, porque o homem era um ser livre, igual, inclinado à vida racional, com tendência à estabilidade social. Essa situação é apresentada quase sempre apenas como hipótese lógica sobre como seria o homem fora do contexto social e político, para poder assentar as premissas do fundamento racional do Estado.

O pacto é mediado pelo Direito natural e pela noção de contrato, isto é, os homens saem do estado de natureza para entrar num estado jurídico. A passagem de um para outro não ocorre necessariamente pela força da convenção, mas por meio da adesão voluntária dos próprios indivíduos que saem do estado de natureza (estado natural) para entrarem na sociedade política (estado artificial ou construído). A construção da sociedade política representa a necessidade e a consciência do interesse comum. A sociedade política substitui o estado de natureza, para Hobbes, enquanto para Locke há aperfeiçoamento e não substituição. Os dois termos da construção permanecem - o indivíduo, cujo reino é o estado de natureza, e o Estado, que não é uma sociedade natural⁽²¹⁾.

O objeto do contrato reside na alienação dos direitos inatos do homem no estado de natureza para a sociedade política (Estado). A transferência dos direitos naturais em Locke é parcial, diferente da de Hobbes, que é total. Ingressando na sociedade política, os indivíduos renunciam substancialmente a um único direito, ao direito de fazer justiça pelas próprias mãos, e conservam todos os demais direitos naturais, principalmente a propriedade. Os direitos e liberdades que conservam constituem os direitos individuais. Esses direitos, resíduos da liberdade primitiva, não devem nada ao Estado, nem na sua origem, nem na sua consistência, pois são anteriores ao Estado.

²⁰ BOBBIO, N; BOVERO, M. *Sociedade e Estado...*, ob., cit., pg. 38.

Em termos gerais, são necessárias duas convenções para dar origem à sociedade política: o *pactum societatis*, de acordo com o qual partes iguais decidem de comum acordo viver em uma sociedade política; e o *pactum subjectionis*, é o pacto de sujeição, com base no qual os indivíduos assim reunidos se submetem a um poder comum⁽²²⁾ em uma relação vertical entre governo e indivíduo⁽²³⁾. O primeiro pacto cria o Direito, o segundo instaura o monopólio da força; com o primeiro, nasce o Direito privado, com o segundo, o Direito público. É óbvio que a posição dos contraentes é diversa em cada um dos dois pactos: no primeiro, os contraentes encontram-se em posição paritária ou de igualdade, cada um deles comprometendo-se perante os demais e sendo livre, por conseguinte, de aceitar ou não; o segundo cria uma relação de subordinação e o indivíduo não pode deixar de aceitar, se um dos contraentes é o povo. O pacto não é assente entre todos, devido à presença de interesses contrariados,²⁴ que somente serão aplainados pela força estatal.

A concepção do contrato político é decorrente de um conceito político-jurídico que define com certa precisão os limites para o exercício do governante. A questão central do contrato político resume-se na fixação dos direitos e obrigações do governante. Salienta-se no contrato a condição de limite e controle dos atos de governo e dos indivíduos, condições essas que contribuem para a

²¹ BOBBIO, N; BOVERO, M. *Sociedade e Estado...*, ob., cit., pg. 59.

²² BOBBIO, N; BOVERO, M. *Sociedade e Estado...*, ob., cit., pg. 66.

²³ Essa distinção entre dois tipos de pactos é mais devida ao jurista Pufendorf do que a Althusius, ao sintetizarem que há um "pacto de associação" entre vários indivíduos que, ao decidirem viver juntos passam do estado de natureza ao estado social; por outro, o "pacto de submissão", é que instaura o poder político e ao qual se promete obedecer.

²⁴ Sobre a *natureza humana*, Hobbes e Locke vêem os seres humanos como indivíduos naturalmente egoístas, em distintos egoísmos: o desejo de poder político e glória, em Hobbes; a acumulação de riquezas e o crescimento econômico sem limites, em Locke. A partir de um mesmo desejo abrem-se duas perspectivas: política, em Hobbes, e econômica, em Locke, vertentes que irradiam o absolutismo e o liberalismo no pensamento político.

complexa relação de elaboração do direito positivo e da obrigação política. Embora a noção de contrato social já fosse conhecida pelos legisladores clássicos, somente com os jusnaturalistas ela se torna uma peça fundamental na teoria política moderna. Já advertia Locke que os indivíduos podiam resistir ao governo, quando os governantes extrapolassem suas funções de tutores da liberdade originária encontrada no estado de natureza. Ao mesmo tempo, a perda da legitimidade do contrato advém não só da intervenção excessiva, mas também da intervenção insuficiente do soberano na execução do mesmo. Assim, no modelo lockiano, se o governante for incapaz levar a cabo o contrato, o súdito não fica mais obrigado pelo contrato a prestar-lhe obediência.

Quanto ao pensamento contratualista⁽²⁵⁾, o contrato público entre soberano e súdito ou governo e indivíduos coloca-se como a única saída do estado de natureza para a sociedade política. Para Hobbes, o homem, a princípio, se encontra no "estado de natureza" com o dever único de sobreviver, e caso não tenha força suficiente para garantir permanentemente seu bem-estar, então ele procura estabelecer acordos com outros homens que permitam a coexistência pacífica. Os homens abrem mão do poder "executivo individual", atribuindo-o à sociedade política, isto é, ao Estado – que irá garantir a paz e a segurança – a fim de manter suas atividades particulares. Da competição natural passa-se para a

²⁵ MATTEUCCI, N. "Contratualismo". In: BOBBIO, N. (et alii). *Dicionário de Política*. ob. cit., pg. 272. "Em sentido muito amplo o contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (...) 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. Num sentido mais restrito, por tal se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do XVIII e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1558-1679), J. Locke (1623-1704), J. J. Rousseau (1712-1778) e I. Kant (1724-1804). Por escola entende-se aqui não uma comum orientação política, mas o comum uso de uma mesma estrutura conceitual para racionalizar a força e alicerçar o poder no consenso".

cooperação, criada a partir do pacto entre os homens, ou *Do Contrato Social*, como apresenta Rousseau (1712-1778)⁽²⁶⁾. Os indivíduos teriam decidido voluntariamente pela instituição do governo. Sua segurança e suas liberdades, que agora recebem o nome de direitos (positivos e individuais), passam a ser garantidas por uma entidade única, o Estado.

A partir do pacto entre os indivíduos, para os contratualistas tornar-se-ia o Estado a solução para o impasse gerado pelo estado de natureza. A razão moderna contratualista tinha, então, fixado o axioma jurídico “sem contrato social não há legitimidade”, já que, em contraposição, as premissas teocráticas consideravam Deus como princípio de todo poder. O contrato social parte de uma premissa de um Direito que dá origem à liberdade de cada pessoa e tem como fundamento a legitimidade do poder político, em que todos depositam sua liberdade para retomá-la na condição de membro do conjunto social. Essa teoria do contrato social, que projeta a origem da sociedade política, é a mesma que dá origem à resistência moderna, como adiante se demonstrará.

A sociedade política suplanta o estado de natureza, visto que é um ente politicamente organizado e dotado de autoridade para garantir os direitos naturais, que se transmutam em direitos individuais, em Locke. Com essa concepção de sociedade e de Estado vê-se, pela primeira vez, a articulação entre legitimidade e legalidade, sendo que o poder político deve estar em função dos direitos individuais. De qualquer forma, a tônica do pensamento político persiste na

²⁶ Rousseau admite mais explicitamente do que Hobbes e Locke o estado de natureza e a imperatividade do contrato social por meio do qual o homem cede ao Estado parte de seus direitos naturais, criando uma organização política que resulta na vontade geral. Nessa organização, cada indivíduo é um sócio e possui uma parcela de poder. Rousseau, ao mesmo tempo em que defende os direitos do indivíduo contra toda a opressão e autoridade, prega a submissão do indivíduo ao poder, afastando a possibilidade da resistência.

equação autoridade *versus* obediência. Essas questões mais que conceituais pretendiam dar conta do problema da organização e dos limites do Estado. Da mesma forma, o direito de resistência sempre gira em torno da relação entre autoridade (poder político) e liberdade (direitos dos homens).

Hobbes revela seu pensamento a respeito do Estado quando trata da submissão dos homens ao soberano pelo contrato. Hobbes recria a noção de contrato público e não-privado. O pacto social representa os compromissos essenciais do *Leviatã* para com os súditos, a garantia do direito à vida. Como o direito-garantia da vida é para todos os súditos, ele concebe, ao "modo hobbesiano", a isonomia jurídica, de acordo com a qual o contrato rege todos igualmente pela lei, exceto o soberano. Locke, por sua vez, já havia chamado a atenção para o juízo moral da sociedade a respeito do conteúdo das leis e para o fato de que o espaço público e o privado não são excludentes, de modo algum, desde que não se toque na vida e na garantia física das pessoas, isto é, no foro privado.

O reconhecimento do valor da vida humana, como valor jurídico fundamental, deve ser entendido, pois, em equilibrada equação com os fins do Estado. Para ingressar na sociedade política, o homem renuncia a tudo o que não é desejável, no estado de natureza, como a liberdade natural, a igualdade de fato, o direito sobre todas as coisas, tudo em nome da salvaguarda do bem mais precioso, a vida. Sendo assim, no momento em que a sociedade política não é capaz de assegurar a vida dos seus membros por inépcia ou manda matar, o indivíduo fica desobrigado do contrato porque quer se salvar. Mas também, de outro lado, o soberano pode expropriar bens do súdito e tirar-lhe a vida, desde

que tudo se faça em nome da preservação da ordem. Entretanto, em Hobbes o valor da vida humana, componente básico do pacto social, tem que ceder frente a dois imperativos jurídicos: um vertical, a pena de morte aplicada legitimamente pelo soberano para manter a ordem, e o outro horizontal, como a legítima defesa e o estado de necessidade. Isso demonstra que não se reconhece um valor absoluto à vida que possa prevalecer sempre e em todos os casos sobre outros valores igualmente fundamentais. A agressão ao outro torna-se uma legítima defesa pessoal tão importante que autoriza até a matar o injusto agressor. Ninguém pode concordar em aceitar a morte sem resistência, e a concordância dada por uma pessoa em não defender a si mesma é sempre vazia, porque ninguém pode abrir mão do direito que tem de salvar-se.

A ordem justa é a ordem pública trazida pela vontade do soberano, enquanto a simples ausência deste é causadora da anarquia, característica do estado de natureza. As liberdades individuais não podem ser absolutas, tanto que devem ser refreadas pela sociedade política. Nessa lógica hobbesiana, melhor a tirania do soberano do que a falta de leis na sociedade natural sem um pólo gravitacional do poder político, que não pode exigir o cumprimento das leis naturais.

Assim, o universo teórico de Hobbes e Locke é organizado com os mesmos elementos do modelo jusnaturalista, mas nem sempre com o mesmo sentido.

1.2 Esboço do modelo hobbesiano

Esta seção analisa o modelo hobbesiano, com o fito de extrair do binômio legalidade/legitimidade, além de problemas políticos e jurídicos (relativos à obediência) e político-morais (relativos à desobediência).

O modelo hobbesiano elabora, além de um projeto político, uma ciência do Direito, sempre apoiados em princípios evidentes e deduzidos de forma lógica. Hobbes está colocado na história do pensamento como um dos mais originais estudiosos da política, já que pretendia tornar a política uma ciência. Tanto que Hobbes ataca os dois principais pilares que estruturavam o pensamento político da época, a famosa *Política*, de Aristóteles, e o direito romano. Para Aristóteles, "ética e a política não eram conhecimento do certo, mas do provável e, portanto, domínio reservado não à lógica, e sim à retórica"⁽²⁷⁾, e ele constrói sua teoria de forma autônoma e inovadora a partir da natureza humana, contrapondo o *zoon politicum* aristotélico à hipótese do *homo homini lupus*. Quanto ao direito romano, Hobbes fica indiferente à sua estrutura conceitual, exceto quando aproveita alguns institutos fundamentais, como o pacto, que serve de fundamento ao poder estatal, mas afastando-o da sua dimensão privada para a pública.

A obra de Hobbes constitui uma síntese do pensamento do século XVII, pois inaugura a modernidade com novos conceitos e fundamentos para a filosofia

²⁷ BOBBIO, N. *Thomas Hobbes*. ob., cit., pg. 29. Aristóteles adota as formas de governo, aristocracia, monarquia e democracia, bem como as formas degeneradas: oligarquia, tirania e demagogia, ou seja, as formas impuras, assim tornadas porque rompem o elo entre governo e a comunidade política (pólis). Por isso, como o "Estado" é a evolução do consociativo doméstico, a resistência contra a autoridade política é a negação não só da pólis, mas fundamentalmente, da própria cidadania em si mesmo, já que o homem só existe enquanto membro do corpo político e social (*zoon politicum*)

política. O *Leviatã* é a grande obra política de Hobbes⁽²⁸⁾. Ele reelabora os elementos jusnaturalistas – estado de natureza, lei natural, lei positiva, contrato social, obrigação política, súditos e soberano, Igreja e Estado, direitos individuais, poder e liberdade, liberdade e necessidade –, todos articulados, "para construir uma gigantesca máquina de obediência"⁽²⁹⁾. A idéia estratégica do projeto político hobbesiano é o Estado, a pessoa moral, que necessita para sobreviver da força de uma unidade política. Hobbes tinha profunda aversão às "doutrinas desagregadoras", pois viveu sob permanente sobressalto político e social numa situação constitucional inglesa que não primava pela "paz duradoura"⁽³⁰⁾. Também, por isso, torna-se o teórico da ordem política, o teórico da obediência, ao insistir permanentemente que, antes de ser dever, é uma necessidade o súdito obedecer, pois é de seu próprio interesse angariar benefícios que integrem a vida do súdito, como a paz e a segurança. Nessa medida somente a soberania do Estado se apresenta como solução para evitar a anarquia, mas essa soberania deve ter atributos especiais e absolutos, como também ser irrevogável, ilimitada, indivisível e irresistível.

Analisa também o autor os problemas da divisão interna do poder político e deste com a Igreja, e propõe um poder monolítico e indivisível. Hobbes é um pensador realista e comprometido com a causa do poder monárquico e da paz. A

²⁸ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 5. Na introdução do *Leviatã*, Hobbes estabelece os principais conceitos operacionais do seu projeto político, A soberania é a alma artificial do Estado. Chama o Estado de *Leviatã*, que não é senão uma "pessoa artificial", embora de maior estatura e força do que o homem natural, com o objetivo de dar segurança ao povo (*salus populi*), mediante um conjunto de conselheiros para proferir as leis e a justiça. Classifica a concórdia como a saúde, a sedição a doença, e a guerra civil a morte do Estado. Todos esses conceitos são entrelaçados no pacto que cria o corpo político. Apresenta os elementos da natureza humana, do homem que pensa, opina, tem desejo, honra, medo e esperança.

²⁹ BOBBIO, N. *Thomas Hobbes*. ob., cit., pg. 150.

experiência inglesa de dissensão da Coroa com o parlamento e de ausência de um comando único teria semeado a discórdia e a guerra. Ainda havia o problema da Igreja, que disputava o poder com o rei, que devia ser limitado e definido. Afora essa questão, a Igreja prega a resistência às ordens impostas pelo soberano quando estas são contrárias aos mandamentos divinos. Essas teorias eram propugnadas pelas autoridades religiosas que, conforme a gravidade do caso, estendiam-se desde a obediência passiva até a desobediência, a revogação do mandato, a deposição, o tiranicídio⁽³¹⁾.

Esses problemas são extremamente gravosos para Hobbes, pois ele conhece os malefícios dos mesmos e aponta o "remédio" adequado: a unidade do poder, que reúna no soberano o poder político e o religioso – a indivisibilidade do poder. Essa indivisibilidade alcança a unidade política (a junção dos ordenamentos, seja superiores ou inferiores ao Estado) e a unidade jurídica (a junção das fontes de Direito, no Direito positivo). Para tanto, a sociedade política, constituída por elementos racionais e instituída pelos súditos, mais por necessidade do que por força moral, exige destes a obediência ao soberano como única salvação dos homens, e não mais através da Igreja. Em Hobbes evidencia-se a defesa da monarquia conservada com o poder eclesiástico, tal como demonstrada no *Leviatã*.

Hobbes, como racionalista, observa a natureza humana e se alicerça na crença de que há uma lei natural que rege a sociedade e pode ser conhecida através da razão. Com esse método, estudando um homem conhecem-se os

³⁰ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. XXIII. Na apresentação desta obra R. J. Ribeiro faz uma retrospectiva bibliográfica e também demonstra as diversas articulações entre *Do Cidadão (De Cive)* e o *Leviatã*.

homens e, daí, todo o sistema social. O modelo hobbesiano se estrutura a partir de princípios gerais: todo homem é mau; o Direito natural racional é adquirido através da razão. A imutabilidade humana deriva do fato de que ele concebe todos os homens como maus. Hobbes estabelece na natureza humana três causas da discórdia: a competição, a desconfiança e a glória; ele estuda a dinâmica das paixões do homem num plano psicológico, identificando-as como causadoras do estado de guerra entre os indivíduos. O homem busca permanentemente manter a vida e ampliar o poder e a gratificação pessoal, e isso só termina com a morte.

Hobbes apresenta duas espécies de poder: o poder natural, que depende do corpo ou do espírito da pessoa, e o poder instrumental (riqueza, reputação, amizade, força política). O poder é definido como o conjunto dos meios empregados para obter uma aparente vantagem futura. Para o súdito, porém, é necessário um poder que produza medo, a fim de obter obediência. "Medo implica subordinação do próprio comportamento a variações de curso determinadas pela antecipação da coerção"⁽³²⁾. O medo impele seu portador a reagir ante a ameaça ou escapar de agressões potenciais a seu patrimônio mais precioso, a vida. Como o primeiro benefício é a vida, a autoconservação impõe-se como condição inevitável da ação humana. "As paixões que fazem os homens tender para a paz são o medo da morte, o desejo daquelas coisas que são necessárias para uma vida confortável e a esperança de consegui-las através do trabalho"⁽³³⁾.

³¹ BOBBIO, N. *Thomas Hobbes*. ob., cit., pg. 67.

³² SOARES, Luis Eduardo. *Os dois corpos do presidente e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, pg. 13.

³³ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 77.

O modelo hobbesiano está também constituído com base nos dois elementos jusnaturalistas – o estado de natureza e a sociedade política –, sendo o primeiro o estado não-político e o segundo o estado não-natural. Ressalte-se que o estado de natureza, em Hobbes, é um estado de guerra, devido em parte a uma “leitura psicológica” dos homens e em parte pela compreensão dos graves problemas históricos na Inglaterra. “A vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta”⁽³⁴⁾. O estado de natureza é o estado de guerra universal e perpétua, do qual a humanidade, por decisão da razão, deve sair para entrar na sociedade política – o estado da paz. Há nesse modelo o contraponto entre guerra e paz, respectivamente consideradas como mal e bem. Mas também, de acordo com Hobbes, o estado de natureza é um estado de liberdade e igualdade, em que a superioridade física ou mental não confere especial direito ao poder. Hobbes afirma que a “natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito”⁽³⁵⁾.

Hobbes, como autor do Direito natural profano, fala de um estado de natureza anterior à vida social organizada do homem, que estaria caracterizado por uma indiferença recíproca entre os seres humanos. O estado de natureza possui uma caracterização negativa devido à ausência de um poder, um centro gravitacional de poder e segurança legal, constituído por contrato, capaz de controlar e obrigar os membros da sociedade à ordem e à obediência para refrear a natureza humana. Cada um é juiz em causa própria, e as razões individuais são submetidas às paixões particulares.

³⁴ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 76.

³⁵ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 74.

Justifica-se o ingresso do homem na sociedade política devido à sua necessidade racionalmente reconhecida de autopreservação, que faz com que abdique dos seus direitos em troca da segurança político-jurídica fornecida pelo soberano. A sociedade política representa o plano mais elevado da unidade política dos homens e instância irrecorrível de pensar, propor e fazer a coisa pública – fazer leis, aplicar penalidades e empregar a força pública. Nesse processo histórico, o Direito sai do padrão consuetudinário e caminha para o Direito estatal positivo. Essa sociedade deve realizar os fins terrenos do homem e, em primeiro lugar, assegurar a ordem política, a normalização das relações de força e o bem-estar. Essa condição possibilita o desfrute da "liberdade inofensiva" e necessária dos súditos, sem medo dos direitos que lhes são reconhecidos pelas leis⁽³⁶⁾.

A sociedade política personifica-se na figura de um soberano poderoso, que surge como alternativa para pôr fim ao caos social que reside no estado de natureza. Mas, qual a origem do poder do soberano? Para Hobbes, o poder pode ser adquirido de duas formas: primeiro, pela força natural do homem, forma denominada nesse caso "Estado por aquisição", já que a submissão à autoridade é obrigatória, pois, do contrário, os resistentes serão presos ou mortos. Na outra fonte do poder há um "Estado por instituição", isto é, há consenso político entre os homens para a criação da sociedade política em que se submetem a um "homem ou assembléia de homens voluntariamente, com a esperança de serem protegidos por ele contra todos os outros"⁽³⁷⁾. Os Estados necessitam, além das formas de poder, de estruturas orgânicas que sustentem a respectiva forma de

³⁶ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 212.

governo, que Hobbes chama de sistemas regulares (soberano e assembléia) e irregulares. Dos regulares, alguns são absolutos e independentes (soberano) e outros dependentes (os corpos políticos e administrativos criados pelo poder soberano do Estado). No corpo político o poder é limitado, ao passo que na soberania do Estado é ilimitado⁽³⁸⁾. Hobbes antevia que a capacidade de obter obediência "depende da possibilidade de mobilizar favoravelmente símbolos e direcionar a comunicação"⁽³⁹⁾ para obter a unidade política – quanto mais estabilizada a sociedade, maior será a adesão ao soberano –; caso contrário, somente por meio da coação física a obediência seria possível. O soberano, então, deve ser uma referência moral para obter a cooperação entre os súditos, com poder concentrado, absoluto, indelegável, indivisível e irrenunciável.

O contrato hobbesiano não estabelece a ruptura do homem e nem do sistema político – deixa de ser lobo para ser lobo domesticado pelo terror. O Estado surge através do contrato para cuidar da ordem e da segurança jurídica⁽⁴⁰⁾. O autor salienta a necessidade da execução fiel do contrato: "*Que os homens cumpram os pactos que celebrarem*. Sem essa lei os pactos seriam vãos, e não passariam de palavras vazias"⁽⁴¹⁾. Nessa lei de natureza reside a fonte e a origem da *justiça*. "Os pactos sem a espada não passam de palavras", sem força para dar qualquer segurança a alguém. Esse equacionamento do problema

³⁷ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 106.

³⁸ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 137.

³⁹ SOARES, L. E. *Os dois corpos do presidente...*, ob., cit., pg. 15.

⁴⁰ Em HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pgs. 82 e 83. "Mas num Estado civil, onde foi estabelecido um poder para coagir aqueles que de outra maneira violariam sua fé, esse temor deixa de ser razoável. (...) Aquele que transfere qualquer direito transfere também os meios de gozá-lo, na medida em que tal esteja em seu poder. (...) E daqueles que dão a um homem o direito de governar soberanamente se entende que lhe dão também o direito de recolher impostos para pagar a seus soldados, e de designar magistrados para a administração da justiça. (...) Os homens ficam liberados de seus pactos de duas maneiras: ou cumprindo ou sendo perdoados".

⁴¹ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 86.

político deriva do modo como Hobbes encara o pacto social: o soberano é responsável apenas perante Deus "sob pena de morte eterna" e não está submetido ao contrato ou a qualquer lei, pois é a própria fonte produtora de leis – o criador do Direito. Caso contrário, "coloca as leis acima do soberano, coloca também um juiz acima dele, com poder para puni-lo, o que é fazer um novo soberano (...), para confusão e dissolução do Estado"⁽⁴²⁾. A obediência a ele deve ser total, para assegurar paz durável e prosperidade. A fim de cumprir sua tarefa de manter a paz, o soberano deve concentrar todos os poderes em suas mãos. Segurança interna e externa estão em suas mãos, as mesmas que detêm a legislação suprema e o direito de guerra e paz. Numa atitude original, o pacto hobbesiano é de associação, mas, concomitantemente, de submissão pelo fato de que, ao darem seu consentimento, os indivíduos estão se submetendo à autoridade do Estado por eles mesmos instituído.

Os atos do soberano são incontestáveis. A essência da soberania está na unidade política do soberano, de tal forma que as vontades humanas individuais estejam subordinadas a essa vontade. Por força dessa autorização, o soberano torna-se um juiz inquestionável, porque seu interesse é o interesse da coletividade. O soberano jamais poderia ser legitimamente questionado ou argüido quanto à justiça e à legitimidade de suas ações. O soberano jamais poderia ser injusto, porque sua ação ocorre para o bem dos súditos, e quem protestar contra seus atos age contrariamente ao pacto, age injustamente.

Hobbes atribui ao soberano poder onipotente e súditos obedientes, ou seja, o direito absoluto do soberano exige tanta obediência quanto for preciso para

⁴² HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 194.

governar o Estado, inclusive por intermédio do terror ou da morte do súdito. Tamanha força impede a tendência natural do homem, pelo menos na sua maioria, a desobedecer, de modo que o governante tem de impor uma perpétua vigilância⁽⁴³⁾. O medo e a força tornam-se os fundamentos de legitimidade para manter o poder. O absolutismo do poder monárquico é alcançado, ao menos em teoria, na medida em que não encontra mais limites para o exercício de seu poder nem dentro nem fora do Estado. O poder do soberano é ilimitado. Essa superioridade de poder do soberano lhe é dada exatamente para ele ser soberano e para a própria sobrevivência do Estado. Ele é, então, soberano porque dispensa a vontade de terceiros, seja Deus ou súditos; ele fica livre das leis, as quais ele mesmo tem o poder de criar, limitado no máximo pelo direito natural da vida.

O poder absoluto do soberano não deriva de um direito divino, mas do pacto⁽⁴⁴⁾. O acordo, porém, sendo artificial e precário, não é suficiente por si só para assegurar a paz, pois sempre há pessoas que podem desencadear rebeliões a fim de conquistar o poder só para elas. Assim, evitar tais problemas políticos (próprios da condição humana) só é possível se cada homem se submeter à vontade de um único homem ou a uma assembléia determinada. Esse homem escolhido seria o soberano para exercer o poder com vistas a garantir a ordem estável.

⁴³ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 371.

⁴⁴ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 106. A essência do Estado, a qual pode ser assim definida: "Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. Aquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos".

1.2.1 A segurança jurídica

A segurança hobbesiana surge do encontro de um interesse comum, para o qual convergem as vontades individuais com o fim de acabar com o "estado de guerra", que é igual ao estado de natureza. Se o "homem é lobo do próprio homem", é preciso construir uma ordem que dê segurança de conservação à vida, e essa ordem é jurídica e declarada pelo soberano.

A segurança jurídica hobbesiana não é uma expressão equívoca, pois deve ser entendida principalmente como segurança do Estado na sua proteção contra qualquer conspiração que ameace a ordem. Para isso, o Estado deve dispor de regras e instituições próprias que também enlacem os súditos, pois o respeito reiterado ao soberano forja efetivamente o respeito a outrem. A segurança se estabelece na observância da lei fundamental, suporte maior do Estado e dos súditos.

A segurança do povo está na lei suprema (lei fundamental do Estado)⁽⁴⁵⁾, que contém todos os direitos e deveres do soberano e dos súditos. O que faz a lei é ordenar a conduta comum. Mas deve-se entender por segurança não somente a preservação da vida em qualquer condição que seja, como também visar à sua felicidade⁽⁴⁶⁾. A segurança e a comodidade dos súditos são distribuídas em quatro categorias: 1) defesa contra inimigos externos; 2) preservação da paz dentro do país; 3) enriquecimento que seja compatível com a segurança pública; 4) direito a uma liberdade inofensiva⁽⁴⁷⁾. Não há nada mais importante para os governos do que preservar os homens das guerras externas e civis. Somente a paz assegura a

⁴⁵ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 198. (Nota 2). O velho adágio latino "a segurança do povo deve ser a lei suprema" servia para justificar no pensamento absolutista a suspensão pelo rei das vias ordinárias da política, em soluções "extraordinárias".

felicidade civil, já que as guerras externas e as rebeliões internas são os piores castigos para a felicidade do povo.

O Direito positivo é criado para dar proteção à vida, e somente uma ordem institucionalizada, a sociedade política, torna isso possível. No estado de natureza, a utilidade é a medida do Direito. Isso significa que, levado por suas paixões, o homem precisa conquistar o bem. O Direito positivo disporá sobre as restrições das liberdades individuais, internas ou externas, mas nunca sobre os limites da soberania, pois estes se movem pela "lógica interna do Estado".

O conteúdo das normas de Direito positivo deve ser tornado público, a fim de permitir que todos conheçam o que lhes é devido – a publicidade legal. Mas há certos princípios que necessitam ser publicados, pois são inerentes a qualquer ordenamento e não podem ser desconhecidos pelo verdadeiro Direito, como o princípio natural *pacta sunt servanda*. Esses princípios, que se tornaram jurídicos, uma vez instituído o Estado têm um caráter tão fundamental que constituem exigências de apreciação na elaboração da lei positiva. Dessa forma, os princípios se constituem em supostos objetivos indispensáveis para qualquer norma obrigatória que quer ser admitida como juridicamente válida.

Hobbes articula o conceito de Direito positivo ao Estado e à segurança jurídica. A "palavra *direito* nada mais significa do que aquela liberdade que todo homem possui para utilizar suas faculdades naturais em conformidade com a razão reta"⁽⁴⁸⁾. Direito, então, é a liberdade concedida pelo soberano, liberdade de fazer ou de omitir, enquanto a lei é a restrição dessa concessão; a lei determina

⁴⁶ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 199.

⁴⁷ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 200.

⁴⁸ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 31.

ou abriga uma dessas coisas. O autor do *Leviatã* chama a atenção para a diferença entre Direito natural e lei natural, e não apenas distingue como hierarquiza. O Direito subordina-se à lei, na medida em que um é só liberdade e o outro é a determinação dessas duas coisas pelo soberano. *Jus naturale* é a "liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim"⁽⁴⁹⁾. Já a *lex naturalis* é um "preceito ou regra geral estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la"⁽⁵⁰⁾. A lei primeira está relacionada com a procura da paz, enquanto o Direito encerra os meios de que pudermos dispor para defendermo-nos a nós mesmos. Nessa situação de Direito (*jus*) e obrigação (*lex*), o Direito consiste na total liberdade de fazer ou de omitir para preservar a vida, ao passo que a lei é um preceito ou regra geral da razão que coincide com aquelas atividades humanas que são por ela permitidas ou proibidas. Há "uma grande diferença entre lei e Direito - porque a lei são grilhões, enquanto o Direito é a liberdade, e por isso se diferenciam como dois contrários"⁽⁵¹⁾.

Ainda nesse esquema demonstrativo tem-se: se a lei natural prescreve os elementos jurídicos para as leis positivas, ela não deixa de ser uma fonte de Direito. Portanto, ainda que unificando a fonte no Direito positivo, este ainda se

⁴⁹ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 78

⁵⁰ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 78.

⁵¹ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 218.

relaciona com o Direito natural. As leis naturais fornecem às leis positivas o conteúdo da regra; então, as leis positivas seriam leis formais e materiais, enquanto as leis naturais seriam leis materiais (*ratione materiae*).

As leis são regras do justo e do injusto, não havendo nada que seja considerado injusto que não seja contrário a alguma lei. "Portanto, onde não há Estado nada pode ser injusto"⁽⁵²⁾. Então, somente na sociedade política determina-se o justo e o injusto, o que fica a cargo do soberano. E a definição da *injustiça* não é outra senão o *não-cumprimento de um pacto*. "E é justo quem faz tudo aquilo a que está obrigado"⁽⁵³⁾. Antes de a soberania ser instituída, não existia a noção de justo ou injusto porque sua natureza depende do direito do soberano. Desse modo, Hobbes apresenta o conceito de justiça como a vontade constante de dar a cada um o que é seu⁽⁵⁴⁾, enquanto o conceito de injustiça seria o não-cumprimento de um pacto. "E tudo o que não é injusto é justo"⁽⁵⁵⁾. O justo significa exatamente o que é feito com Direito, e o injusto o que é cometido com injúria⁽⁵⁶⁾. Hobbes combina também a virtude da obediência com a honra. "Obedecer é honrar, porque ninguém obedece a quem não julga capaz de ajudá-lo ou prejudicá-lo. Conseqüentemente, desobedecer é *desonrar*"⁽⁵⁷⁾. No estado de natureza, onde não há pacto, também não há transferência de direito, e assim todo homem tem direito a todas as coisas, e conseqüentemente nenhuma ação praticada pelo súdito pode ser *injusta*.

⁵² HOBBS, T. *Leviatã...*, ob. cit., pg. 86.

⁵³ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob. cit., pg. 71.

⁵⁴ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob. cit., pg. 86.

⁵⁵ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob. cit., pg. 86.

⁵⁶ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob. cit., pg. 56.

⁵⁷ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob. cit., pg. 54.

Nesse modelo teórico, é fundamental que os súditos tenham "conhecimento de duas coisas a respeito das leis: primeiro, de que homens ou a assembléia possui o poder supremo, o direito de legislar; segundo, do que dizem as próprias leis"⁽⁵⁸⁾. Segue-se que uma das principais prerrogativas do soberano é "estabelecer algumas regras comuns para todos e declará-las de público, de modo que todo indivíduo possa saber o que pode ser chamado seu ou de outrem, o que justo, o que injusto, honesto, desonesto, bom e mau"⁽⁵⁹⁾. "As leis não foram inventadas para suprimir as ações dos homens, e sim para dirigi-las"⁽⁶⁰⁾. Essa é a medida que deve guiar o legislador, necessária e suficiente, caso contrário estamos diante de leis ruins ou desnecessárias. A evidência da lei se demonstra na declaração das causas e motivos que lhe deram origem, e não nas palavras da própria lei. A intenção do legislador é compreendida com poucas palavras e não com muitas, pois quanto mais palavras, mais ambigüidade na interpretação. As leis, enquanto ordens do soberano, precisam ser interpretadas para conhecimento público. Mas o soberano, da mesma forma que não está submetido ao pacto, também não o está ao Direito positivo, com o argumento de que "ninguém pode firmar uma obrigação para consigo mesmo"⁽⁶¹⁾. Como as leis são elaboradas pelo soberano, ele mesmo não se imporia uma obrigação, o que ofende a reta razão e a soberania. O soberano fica obrigado *internamente* às leis da natureza, apenas na *consciência*.

Ao interpretar a lei, o juiz o faz na condição de autoridade soberana, movido pela razão natural e pela equidade. Essa condição de "juiz substituto" do

⁵⁸ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 224.

⁵⁹ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 106.

⁶⁰ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 210.

soberano é chamada por Hobbes de "juiz subordinado", isto é, ele deve levar em conta a "razão do Estado" ao prolatar a sentença, que deve ser conforme a lei. A sentença é do soberano, caso contrário é do juiz, e é injusta⁽⁶²⁾. Hobbes estabelece, assim, as "razões do Estado" e o "Direito do Estado". Todo juiz subordinado pode errar em seu julgamento da equidade; nesse caso, o próprio juiz deve refazer ou "reconsiderar" a decisão tomada, pois "o erro de um homem nunca se torna sua própria lei, nem o obriga a nele persistir (...) nem tampouco, pela mesma razão, se torna lei para outros juizes, mesmo que tenham jurado segui-lo"⁽⁶³⁾. Hobbes conhece a noção de jurisprudência e os efeitos das decisões judiciais "vinculantes", e chama a atenção para a possível corrupção e parcialidade dos juizes, principalmente quando mandam castigar um inocente, quando já absolvido pelo próprio juiz, ou que não admitem a presunção da inocência.

A desigualdade dos súditos não tem mais lugar frente ao soberano, isto é, num "Tribunal de Justiça". Todas as violações da lei são ofensas contra o Estado ou contra as pessoas privadas. A segurança do povo requer que a lei e a justiça sejam administradas para todos, ou seja, para o povo e, também, para os "doutores", os ricos, os poderosos, pois estes são mais recalcitrantes⁽⁶⁴⁾.

⁶¹ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 110.

⁶² HOBBS, T. *Leviatã...*, ob. cit., pg. 164. O juiz para a sentença deve interpretar e aplicar a lei ao caso concreto, mas essa sentença é a "razão do soberano", conforme Hobbes, ou a "vontade do Estado", como propugna Hans Kelsen.

⁶³ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob. cit., pg. 169.

⁶⁴ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 201. "Ficaria contente se os súditos ricos e poderosos de um reino, ou aqueles que são considerados mais sábios fossem menos incapazes do que o povo. (...) Os homens poderosos dificilmente digerem algo que estabeleça um poder para refrear suas paixões, e os homens sábios algo que descubra seus erros, e que portanto diminua sua autoridade; ao passo que o espírito da gente vulgar, a menos que esteja marcado por uma dependência em relação aos poderosos, ou desvairado com as opiniões de seus doutores, é como papel limpo, pronto para receber seja o que for que a autoridade pública queira nele imprimir".

1.2.2 A resistência é possível?

A resistência em Hobbes é contraditória, pois em regra o *Leviatã* não é passível de resistência em função do fato de a soberania ser absoluta, mas admite exceções especiais. A estrutura teórica hobbesiana está assentada na soberania absoluta. Para tanto, não admite resistência ao soberano. A teoria hobbesiana não apenas considera ilícito aos súditos revogar o soberano, ou seja, desfazer o Estado, como é ilícito mudar a forma de governo (transformar uma monarquia em república)⁽⁶⁵⁾ ou a monarquia através do parlamento. Quanto aos direitos dos súditos, Hobbes apresenta no *Leviatã* uma "carta de direitos e liberdades" que nada mais são do que concessões públicas, pois não representam diminuição do poder ilimitado do soberano. Não há em Hobbes a consciência particular, mas somente a consciência pública, traduzida pela vontade do soberano. A liberdade dos súditos está apenas naquelas coisas que, ao regular as ações do Estado, o soberano permitiu, e então não há liberdade dos indivíduos, mas liberdade do Estado⁽⁶⁶⁾.

A liberdade, enquanto concessão do soberano, não admite a liberdade dos súditos de desobedecer. A recusa confunde-se com qualquer ato injusto contra o soberano ou com um crime público. "Os súditos, em qualquer número que sejam, não têm direito algum de despojar o governante supremo de sua autoridade sem o seu consentimento"⁽⁶⁷⁾. A resistência do súdito contra o soberano é contra si mesmo, devido à justaposição de interesses do súdito/soberano, que se confunde

⁶⁵ BOBBIO, N. *Thomas Hobbes*. ob., cit., pg. 45.

⁶⁶ HOBBS, T. *Leviatã...* ob., cit., pg. 131.

⁶⁷ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 118.

com o desejo de uma vida melhor, com segurança e paz⁽⁶⁸⁾. Para Hobbes, a prosperidade de um povo não vem do soberano, da assembléia, nem da aristocracia ou da democracia, mas da obediência e da concórdia dos súditos⁽⁶⁹⁾. Somente com a adoção de princípios racionais pode-se tornar duradoura a Constituição do Estado (excetuada a violência estrangeira, que merece imediata resistência) e evitar a instituição de Estados imperfeitos e suscetíveis de cair em desordem.

De qualquer modo, Hobbes não desconhece as "enfermidades do Estado", como o enfraquecimento ou a dissolução que tem origem numa instituição imperfeita. Caso um pregador ou casuísta afirme que os "súditos podem resistir, conspirar ou fazer pactos contra o poder supremo, não lhe deis crédito algum, mas imediatamente denunciad seu nome"⁽⁷⁰⁾. Hobbes demonstra aversão absoluta às teses dos teólogos que, em nome da liberdade de consciência ou de credo religioso, incitam os súditos à desobediência e abalam os alicerces do governo civil⁽⁷¹⁾.

Dentre as enfermidades à estabilidade política do soberano salienta-se a ignorância do povo e a rebelião. Hobbes não desconhece que a ignorância possibilita erro e ilusão e incertezas e, em contrapartida, a educação elimina a cegueira da ignorância, estabelece a identidade terrena e a ética humana. Não se pode deixar o povo desinformado dos fundamentos dos direitos essenciais (que

⁶⁸ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 109. Discorrendo sobre os direitos do soberano, afirma que "(...) todo súdito é por instituição autor de todos os atos e decisões do soberano instituído, (...), por consequência àquele que se queixar de uma injúria feita por seu soberano estar-se-á queixando daquilo de que ele próprio é autor, portanto não deve acusar ninguém a não ser a si próprio; e não pode acusar-se a si próprio de injúria, pois causar injúria a si próprio é impossível".

⁶⁹ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 202.

⁷⁰ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 19.

são as leis naturais e fundamentais) da soberania. Dessas "falsas doutrinas" os homens adquirem a tendência de "discutir as ordens do Estados e, mais tarde, obedecê-las ou desobedecê-las conforme acharem conveniente em seus juízos particulares, pelo que o Estado é perturbado e enfraquecido"⁽⁷²⁾. Um poder coercitivo é requisito para dar suporte à estabilidade do soberano.

O autor condena as doutrinas sediciosas por considerá-las a causa principal da desordem. Caso não seja possível extirpá-la, essa doutrina deve ser ministrada por um bom mestre para extrair-lhe o respectivo veneno⁽⁷³⁾. As escolas devem ensinar a boa doutrina civil e o poder dos seus domínios. A instrução do povo é o cimento que liga os súditos entre si e estes com o soberano, desde que sejam ensinados: a cooperação mútua, os benefícios do Estado, a ajuda do soberano à justiça, a segurança contra a paz e, também, o perigo da rebelião. Do estratagema de educação do súdito – ensinar e apreender – não há qualquer dificuldade, desde que ensine corretamente as leis naturais da obediência⁽⁷⁴⁾. É dever do soberano extirpá-las das mentes não dando ordens, mas pelo ensino, pelas perspicuidades das razões⁽⁷⁵⁾ e pela persuasão de um bom raciocínio.

A rebelião tem origem nas "doutrinas sediciosas" da política e da história dos antigos gregos e romanos, que consideravam legítimo matar o tirano (tiranocídio) na monarquia porque consideravam todos os súditos escravos, enquanto em um Estado popular as pessoas gozavam de liberdade. "Muitos teólogos consideram, e em tempos idos os filósofos todos – Platão, Aristóteles,

⁷¹ Essas considerações teóricas fazem parte da análise histórica da Guerra Civil Inglesa (1642-1649) que foi travada em nome da religião.

⁷² HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 193.

⁷³ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 195.

⁷⁴ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 91.

⁷⁵ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 203.

Cícero, Sêneca, Plutarco e todos os demais defensores das anarquias grega e romana – consideravam que matar o tirano não era apenas legal, mas até mesmo merecedor de elogios⁽⁷⁶⁾. Hobbes combate a doutrina do tiranicídio, considerando-a mais uma forma de dissolução do Estado e também por ser perniciososa, por deixar o rei exposto a ser condenado, seja ele bom ou mau. Até porque não se tem clareza do que seja propriamente tirano, tanto que uns denominam assim somente os monarcas, outros, todos aqueles que exercem o poder supremo; uns confundem a função com a pessoa, outros com os inimigos⁽⁷⁷⁾. Donde se segue que a rebelião, quando assumida para a salvação pública, tem a aparência de um ato justo, mas não o é. Essa doutrina, além de ser "venenosa", pode agravar a "enfermidade" do Estado, levando-o à dissolução. Para o interesse da paz, é relevante que não seja divulgada aos cidadãos nenhuma opinião ou "doutrina perversa", pela qual os súditos possam imaginar que têm o direito de desobedecer às leis da cidade ou que a resistência é legal, ou, ainda, que será menos castigado o desobediente do que o obediente⁽⁷⁸⁾. "Pois uma lei civil que proíba a rebelião (e nisso consiste a resistência aos direitos essenciais da soberania) não é (como uma lei civil) nenhuma obrigação, a não ser por virtude da lei de natureza que proíbe a violação do juramento; se não for conhecida dos homens, estes não podem conhecer o direito de qualquer lei que o soberano faça"⁽⁷⁹⁾. A publicidade da lei civil é a condição fundamental da exigência da obrigação, mas a rebelião, que é o concurso de pessoas para adquirir o Estado pela força ou pela arte, não tem amparo racional, tanto que, até

⁷⁶ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 184.

⁷⁷ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 184.

⁷⁸ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 107.

agora, "ainda não existiu nenhum Estado em que esses direitos tivessem sido reconhecidos ou discutidos"⁽⁸⁰⁾.

A rebelião dos súditos, independentemente da justificativa, é crime contra o soberano. Pode-se confundir, muitas vezes, com o tipo de resistência "ilegítima". A conquista da soberania pela rebelião, mesmo que seja coroada de êxito, é sempre injusta, porque contraria a razão e a lei natural do cumprimento dos pactos. E se o súdito, além disso, resistir a um funcionário público em sua execução, nesse caso trata-se de um crime, pois poderia ter-se queixado e ver reconhecido seu direito, sem qualquer violação da paz⁽⁸¹⁾. Aqueles que se rebelam sem nenhuma razão colocam-se acima do soberano e do pacto. Além disso, isso não é razoável porque, ao fazê-lo, ensinam os outros a conquistar a soberania da mesma maneira⁽⁸²⁾. Se o soberano não cumpre a obrigação que dá sentido ao pacto, este perde vigência e legitimidade, o que, em regra, nunca acontece, a não ser que, "cansado do fardo de seu cargo, ele declare em termos bem claros que renuncia a seu governo e o abandona"⁽⁸³⁾. De outro modo, cada rebelião deve ser condenada pelo soberano e pelos juízes. Se os juízes dessem razão ao "rebelde", condenariam a ordem do soberano, que está acima da lei. De forma diferente, diria Locke, acima da organização política, acima da vontade do príncipe estão os direitos individuais, por terem valores éticos e jurídicos; sendo assim, sempre que estes forem espezinhados cabe o direito de resistência.

Hobbes combate também a usurpação por conquista, pois quem se apossa do poder sem ter títulos deve ser considerado um inimigo e, diante do inimigo,

⁷⁹ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 201.

⁸⁰ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 201.

⁸¹ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 181.

não há outro direito além do direito de guerra, tanto que ele não hesita em reconhecer o desaparecimento da obrigação de obedecer.

De acordo com o modelo do autor, que suprime todas as formas de conflito, o sistema cede parcialmente depois de muito negar e "admite, em casos extremos (a ameaça à própria vida), o direito de resistência"⁽⁸⁴⁾. Hobbes faz uma antecipação teórica da defesa dos direitos individuais quando enumera um rol de direitos, como o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Desse modo, e de forma excepcional, Hobbes abre uma possibilidade de resistência pelas "condições especiais" de defesa da vida, que está no pacto fundador. Porém, uma vez admitido o princípio Hobbes busca limitar e definir exatamente os casos em que é legítima a resistência, para não deixar ao arbítrio do súdito esse reconhecimento. De qualquer forma, é preciso ter cautela para não inverter a regra pela exceção, pois é preciso evitar reduzir, de forma simplista, o sistema teórico de Hobbes a uma "defesa da resistência".

A hipótese de resistência em Hobbes está na capacidade de o soberano ordenar tudo, salvo "quando nossa recusa em obedecer prejudica o fim em vista do qual foi criada a soberania, não há liberdade de recusar, mas, caso contrário, há essa liberdade"⁽⁸⁵⁾. A liberdade do súdito está, então, na defesa da sua própria vida, condição-limite da existência enquanto súdito. O princípio da resistência está centrado na lei natural, no direito à vida. "Porque no momento da instituição do

⁸² HOBBS, T. *Leviatã...ob., cit., pg. 107.*

⁸³ HOBBS, T. *Do Cidadão. ob., cit., pg. 117.*

⁸⁴ BOBBIO, N. *Thomas Hobbes. ob., cit., pg. 60.*

⁸⁵ HOBBS, T. *Leviatã...ob., cit., pg. 133.*

poder soberano não pode supor-se que ninguém renuncie ao direito de preservar seu próprio corpo, para cuja segurança foi estabelecida a soberania"⁽⁸⁶⁾.

São duas ações contrárias (defesa da vida e defesa da ordem) que se resolvem sob duas perspectivas, uma individual e outra de ordem pública. 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, dado que é impossível admitir que através disso vise a algum benefício próprio"⁽⁸⁷⁾. A autodefesa resulta da condição humana e é intransferível como bem supremo do homem, uma vez que ninguém pode abrir mão do direito que tem de salvar-se. Embora o súdito possa concordar em morrer, não pode concordar em aceitar a morte sem resistência. "Ninguém está obrigado, por qualquer contrato que seja, a não resistir a quem vier matá-lo, ou ferir ou de qualquer outro modo machucar seu corpo"⁽⁸⁸⁾. Da mesma forma sustenta, no *Leviatã*, que, se o "soberano ordenar que alguém (mesmo que justamente condenado) se mate, fira ou se mutila a si mesmo, ou que não resista aos que atacarem, ou que se abstenha de usar os alimentos, o ar, os medicamentos ou qualquer outra coisa sem a qual não poderá viver, esse alguém tem a liberdade de desobedecer"⁽⁸⁹⁾.

⁸⁶ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 135.

⁸⁷ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 80.

⁸⁸ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 48.

⁸⁹ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 133.

Já sob o ponto de vista da ordem política, qualquer resistência agride o interesse coletivo⁽⁹⁰⁾, 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 que esta"⁽⁹¹⁾, e, de outro, mantém-se inalterada a necessidade de manter a ordem pública a qualquer preço, inclusive com a decretação da morte do súdito. Diante disso, a "única teoria compatível com o sistema hobbesiano é aquela que supõe o caráter intransferível do direito à autoconservação e, portanto, à legitimidade, do ponto de vista individual, da desobediência desencadeada com esse fim"⁽⁹²⁾.

Essa resistência individual não ofende a ordem pública, ao contrário, fortalece-a. É legítima na visão do súdito, mas é "ilegítima" para o soberano, porque este está motivado pela defesa da ordem política e jurídica. "Não devemos, todavia, concluir que com essa liberdade fica abolido ou limitado o poder soberano de vida e de morte"⁽⁹³⁾. Na persecução dos seus fins, o soberano pode aplicar a pena mais grave, a pena de morte, em nome dos objetivos maiores da coletividade, a preservação da paz e a manutenção das condições indispensáveis à sociabilidade. "O soberano pode cometer iniquidade, mas não pode cometer injustiças nem injúria em sentido próprio"⁽⁹⁴⁾. Nada que o soberano

⁹⁰ SOARES, L. E. *Os dois corpos...*, ob., cit., pg. 21.

⁹¹ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 109.

⁹² SOARES, L. E. *Os dois corpos...* ob., cit., pg. 22.

⁹³ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 131.

⁹⁴ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 109.

faça a um súdito pode ser interpretado, sob qualquer pretexto, como injustiça ou injúria. Entretanto, quando o soberano for incapaz de satisfazer o seu objetivo de assegurar a vida ao súdito, esse não fica mais obrigado pelo contrato a prestar-lhe obediência, com "permissão" de recorrer a seu direito natural de resistência.

Na obra hobbesiana, há vários paradoxos e várias leituras. Hobbes, após expressar esse conjunto de idéias possibilitadoras da resistência, retorna ao argumento de que o pacto obriga o súdito a fazer tudo o que o soberano manda, sabendo, somente ele, o que é justo ou injusto. Se o soberano violar uma lei natural, decretando a morte de um inocente, o soberano comete um delito contra Deus e não contra o súdito, já que não cometeu nenhum ilícito. Sendo assim, afasta-se o direito de resistência por reduzir a recalcitrância do súdito frente à morte em simples reação justa e legítima, mas injusta ao soberano.

A proposição lógica de Hobbes é a obediência independentemente do conteúdo do ato, ou seja, o dever de obedecer ao soberano não importa o que ele ordene, contanto que ordene. Essa força advém do pacto de união, segundo o qual o súdito é obrigado a obedecer em quaisquer circunstâncias e, ainda, perde o direito de julgar o que é justo ou injusto. Esse título jurídico do soberano não permite revogação, e, assim sendo, se é irrevogável o pacto é também irresistível o soberano. Se no pacto os súditos podem se liberar quando o soberano não cumprir as obrigações pactuadas, da mesma forma o soberano não cumpre o contrato quando os súditos renunciam à obrigação política. Hobbes faz dos seus argumentos uma obra-prima de retórica. Como diz Bobbio, "o contrato, que servira aos defensores do direito de resistência para romper com as cadeias do absolutismo, serve a Hobbes para reafirmá-las. A teoria do direito de resistência é

destruída com suas próprias armas; a teoria da obediência é defendida precisamente com os argumentos que eram utilizados para demoli-la⁽⁹⁵⁾. Hobbes não se deixa atrair, pela enésima armadilha, como diz Bobbio, posta pela lei natural à robustez do Estado absoluto⁽⁹⁶⁾.

Nesse ponto, permanecem outros elementos relevantes, como a questão da igualdade. Quando o súdito reage à morte, iguala-se imediatamente à condição de quem mandou a ordem, o soberano, pois esse rompeu o pacto, e ambos retornam ao estado de natureza. Desse modo, de maneira inteligente Hobbes demonstra que, como ambos se encontram no estado de natureza, o poder é dado pelo mais forte, vigorando a lei da força. Por fim, a lei fundamental que estabelece o direito à vida não constitui obrigação para com o soberano.

Para Hobbes, se o soberano e a assembléia renunciarem a qualquer direito essencial à soberania e se o súdito se recusar a obedecer a suas ordens, trata-se de um pecado, pois é um ato contrário ao dever do súdito. Também é falta grave o súdito falar mal do soberano ou pôr em questão e discutir seu poder, desprezando a obediência e causando o enfraquecimento do Estado⁽⁹⁷⁾.

"Ora, não se deve imaginar que venha acontecer que todos os súditos em conjunto, sem exceção de nenhum, um dia se combinem contra o poder supremo; de modo que não devem os soberanos recear que por algum direito venham a ser despojados de sua autoridade"⁽⁹⁸⁾.

E, como nunca acontece uma vontade absoluta em derrubar o soberano, isso também não foi previsto no pacto. Assim, a possível resistência de uma

⁹⁵ BOBBIO, N. *Thomas Hobbes*. ob., cit., pg. 82.

⁹⁶ BOBBIO, N. *Thomas Hobbes*. ob., cit., pg. 121.

⁹⁷ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 203.

⁹⁸ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 116.

multidão, que não é o povo, é "ilegítima" porque não estava pactuada a intervenção insuficiente do soberano para garantir a ordem, por desuso da força ativa do soberano?

1.3 Esboço do modelo lockiano

Locke é o teórico moderno do direito de resistência. Foi o primeiro autor moderno a teorizar e defender o direito de resistência, que está associado à teoria da soberania limitada. A resistência tende a reconduzir a autoridade aos limites da ordem jurídica constituída, para derrotar exatamente a força ilegítima que atua contra bens e valores. Visto que o objetivo da entrada do homem em sociedade consiste na defesa da propriedade, da paz e da segurança, sendo o grande instrumento dessas distintas articulações "as leis estabelecidas nessa sociedade, a primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades consiste em estabelecer o poder legislativo"⁽⁹⁹⁾, para que faça leis declaradas e não prescrições arbitrárias ou resoluções indeterminadas. Quando os indivíduos estiverem convencidos de que a propriedade, a liberdade, a vida e também a religião estão em perigo, não há outro direito senão o de resistência.

Retoma Locke alguns elementos do modelo hobbesiano, mas em regra chega a conclusões diferentes ou opostas. Distingue-se, no seu *Tratado de Governo*, principalmente, pelas idéias, pela ênfase na propriedade⁽¹⁰⁰⁾, na lei

⁹⁹ LOCKE, J. *Segundo tratado...*, ob., cit., pg. 88.

¹⁰⁰ QUINTANA, Fernando. *La ONU y la exégis de los derechos humanos...*, ob., cit., pg. 271. Desde algunas de estas tesis lockeanas, puede concluir-se que el fundamento de la legitimidad de la apropiación privada está dado por la utilización de los bienes para satisfacer el deber de la preservación, cualquier otra apropiación que no cumpla esta función no puede ser considerada como legítima. Esta interpretación *deontológica* basada más en un deber que en un derecho hace de la institución de la sociedad civil, y de la presencia de un "juez" y gobierno (justo y legítimo) el tutor moral de las obligaciones inscriptas en la ley natural".

natural governada pela harmonia. A clareza das idéias de Locke está fundamentada na experiência e na investigação política dos direitos naturais. Ao lado da sua moderação política, era também o representante do pensamento liberal revolucionário que, desrespeitando o direito, aceitava a idéia do direito de resistência.

A luta lockiana contra o absolutismo⁽¹⁰¹⁾ tem seu ponto de partida na reivindicação dos direitos naturais do indivíduo e na liberdade econômica e política e no estabelecimento de limites ao governante. Ao combater o absolutismo hobbesiano, Locke pergunta que espécie de governo é esse em que monarcas absolutistas têm a liberdade de serem juizes de seu próprio caso, podendo fazer aos seus súditos tudo que lhes convier, devendo todos a ele submeter-se, sem o direito de questionamento. Ele afirma a necessidade de se estabelecer limites ao soberano, o que acontece em duas perspectivas: uma, no direito natural, como conceito-limite à segurança jurídica dos direitos individuais; a outra, mediante técnica político-jurídica da divisão dos poderes (legislativo, executivo e judiciário), por meio da qual o próprio poder freia o poder para que o governo respeite os outros poderes, equalizando com isso a distribuição de poder. A separação dos poderes, esboçada por Locke e sistematizada por Montesquieu, reafirma a segurança e os limites do poder nos direitos individuais⁽¹⁰²⁾ – e não apenas a divisão dual de poder, mas adjudicando esses poderes à sociedade civil – que o elege o governo e o controla permanentemente.

¹⁰¹ O Absolutismo no contexto histórico foi uma forma de governo do século XVII e XVIII, em que o detentor do poder exerce sem controle de outros poderes, como poder monárquico ilimitado. O Estado absolutista foi fortalecido na medida em que controlou e dominou as guerras religiosas.

¹⁰² Montesquieu exercerá uma influência considerável na sua obra "Espírito das Leis", ao induzir uma nova classificação dos regimes políticos, por meio da qual é assegurada uma separação dos poderes como a única solução institucional da liberdade política.

A soberania do povo dá origem ao Poder legislativo, mas este acha-se limitado pelo contrato social ou pela constituição política, com os direitos naturais por ela tutelados, e pela fiscalização do povo. Locke se deteve ainda na necessidade da separação dos poderes do Estado, especificando o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, concebendo o Estado em órgãos diferentes com as respectivas atribuições dos negócios públicos. Com o direito de origem estatal, desloca-se a atenção política para o parlamento, como ente encarregado de fazer as leis. O "governo civil" de Locke funda-se no primado do poder legislativo: "a lei primeira e fundamental e positiva de todas as sociedades políticas consiste no estabelecimento do poder legislativo"⁽¹⁰³⁾, o poder supremo da sociedade política. Sendo o Parlamento o lugar da representatividade, suas controvérsias advêm dos conflitos de opinião, solucionáveis através da argumentação racional dos parlamentares, que firmam acordos e elaboram as leis. Desse modo, estão lançados os pressupostos básicos do chamado Estado liberal.

Em Locke, encontraremos os lineamentos das reflexões fundamentais do liberalismo no que tange ao direito natural e ao contratualismo. Neles, a reivindicação de direitos, em particular os religiosos, mas também políticos e econômicos e a tentativa de controlar o poder político são o centro das reflexões. De que é fruto essa reivindicação de controle político? Decorre, de um lado, do movimento da Reforma Protestante e, de outro, do desenvolvimento do capitalismo, que passa a reivindicar o controle político do Estado. Para a consecução desses objetivos eram necessárias algumas idéias-chave (Direito natural, contrato e consentimento), que encontram no autor um desenvolvimento

¹⁰³ LOCKE, J. *Segundo tratado...*, ob., cit., pg. 92.

teórico que atende às expectativas do novo sistema de produção – capitalismo emergente. Vale registrar que a inspiração lockiana da legitimação do direito de resistência também deriva de um problema religioso, a resistência calvinista contra os reis católicos⁽¹⁰⁴⁾.

O espaço da vida privada, valorizado pela burguesia ascendente, torna-se o espaço privilegiado dos direitos individuais, organizados em função de princípios morais, para impor limites à imposição das leis do Estado e da religião. A ascendente burguesia européia, constituída por uma casta mais abastada e esclarecida, necessita de maior espaço para o desenvolvimento de suas atividades econômicas (e, simultaneamente, da segurança jurídica dos negócios) e reage politicamente contra o *status quo* em nome da liberdade (conceito-chave do liberalismo) por meio do movimento de contestação social que, mais tarde, resulta na revolução francesa.

O governo existe apenas para garantir o espaço da liberdade individual e do bem comum. O principal remédio contra o arbítrio é a constituição de um poder a quem se confia o ofício de estabelecer leis certas e fixas, iguais para todos, e nomear juizes autorizados para sua aplicação: “a autoridade legislativa ou suprema não pode dar-se o poder de governar com decretos extemporâneos e arbitrários, mas é obrigada a cumprir a justiça e decidir sobre os direitos dos

¹⁰⁴ Os Calvinistas legitimaram a resistência como dever do povo em defender o direito de fé, pois este não pode ser negado ou combatido por um ente externo, o Estado. Clarifica-se a questão da consciência religiosa individual com o Estado, em nítida separação de competências - os direitos individuais de um lado e de outro o direito do Estado. Desse problema religioso se consubstancia uma teoria política da resistência, alicerçada numa tese moderna e secularizada acerca dos direitos naturais e da soberania original do povo.

súditos, com leis promulgadas e fixas e juízes revestidos de autoridade e conhecidos”⁽¹⁰⁵⁾.

A perspectiva lockiana está embasada na noção de direitos e obrigações entre os contratantes. Locke, como contratualista, quer legitimar o Estado em bases racionais, e vê no contrato a única forma de progresso humano e que contribui para a sociabilidade das pessoas, como tutor das relações humanas. Da mesma forma que Hobbes, Locke teoriza sobre o estado de natureza e o define como um estado de independência do indivíduo, sujeito ao direito natural pela sua responsabilidade moral; contudo, esse estado não passa de mera abstração. O estado de natureza em Locke é um estado de liberdade e de igualdade⁽¹⁰⁶⁾. Antes de existir o pacto, os homens eram dotados de direitos iguais e inalienáveis, entre os quais se destacam a liberdade, a vida e a propriedade. Todavia, este é um estado imperfeito de sociedade, pois a paz é relativa e não garantida. O estado de natureza somente acaba com o advento do contrato que os homens fazem entre si para fundar a sociedade política. Locke concebe a natureza humana como mutável, sendo os homens em sua “maioria” bons (ao contrário de Hobbes, que os considera maus e perversos). Para o autor, a sociedade, como o indivíduo, sempre muda, hipótese lógica que permite pensar a condição humana e a organização da sociedade política.

¹⁰⁵ LOCKE, J. *Segundo tratado...*, ob., cit., pg. 93.

¹⁰⁶ LOCKE, J. *Segundo tratado...*, ob., cit., pgs. 41-42. “O estado de natureza tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que tão-só a consultem, sendo todos iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na liberdade ou nas posses”.

Em Locke, existe o pacto de associação e não de submissão; sendo assim, torna-se possível a dissolução do governo, mas não da sociedade civil. Para Locke, ao contrário de Hobbes, a renúncia de direitos e a obediência são limitadas. Como o povo renunciou apenas a parte dos seus direitos em favor do governante, conserva, assim, o direito de resistência para a defesa de seus bens e de sua vida. Além de Locke, também os constituintes jacobinos entendiam que os indivíduos contratantes passavam apenas a tutela da liberdade absoluta para o soberano ou o parlamento, mediante um contrato em que estes ficavam limitados a garantir a segurança dos demais direitos individuais. Locke propõe um contrato que liga os indivíduos entre si, por um lado, e por outro os indivíduos como coletividade e a sociedade política.

Os elementos do pacto e as obrigações fazem parte das estratégias políticas da construção da sociedade política, o Estado. Dentre os vários aspectos do contrato social de Locke, este deve preservar tanto quanto possível a liberdade natural dos indivíduos; o governo terá de ser necessariamente limitado em seus poderes e baseado no consentimento. O acordo se dá entre homens livres, cabendo aos governantes um "cargo de confiança", uma função pública para o bem da comunidade. Se o contrato é uma relação obrigatória entre as partes, é necessário também saber quais as sanções previstas para quem o infringe: o problema mais sério se apresenta em relação ao governante que detém o poder da força, não tanto ao indivíduo que renunciou, em parte, a seus direitos e liberdades. A transferência de direitos pode ser condicionada ao cumprimento de certas obrigações por parte do governante. Desse modo, a legitimidade do "pacto" está na conciliação da razão pública com a "pessoa privada", mediante a

transferência parcial de direitos em favor de uma soberania limitada. A fíducia ao governante nunca é absoluta, e sim relativa. As soluções são as mais diversas, mas – já que o pacto é estabelecido pela vontade das partes – para Locke os governantes e os indivíduos não o podem revogar. Nesse caso, cabe ao povo o direito de resistência para exigir a consecução do contrato pelo soberano.

A sociedade política mediada pelo contrato tem a finalidade de interpretar a lei natural. E a sociedade política somente é legítima para garantir a segurança jurídica na medida em que cumpre a função de governo, que lhe foi delegada no momento do pacto. A nova organização social irá fazer as leis e julgar os fatos por meio de um juiz imparcial. Junto com a noção de contrato público está a noção de sociedade política. A tese defendida induz a uma sociedade preservada da violência por um Estado, organizado por instituições político-jurídicas que assegurem a normalidade da vida dos indivíduos, principalmente a propriedade e a vida⁽¹⁰⁷⁾. Deve-se ressaltar que no modelo lockiano apenas uma "minoria" transgride as normas da boa convivência, o que se resolve com a instauração da sociedade política, mediante regras e instituições jurídicas. A desordem é mera exceção do comportamento humano.

Surge a questão controvertida: como se conciliam, sem a interferência do Estado, a igualdade de todos e o direito de cada um? Locke não consegue equacionar a questão. O que impõe a instauração dessa ordem é o estado de impotência do estado de natureza, ameaçado por inimigos internos e externos. Ao mesmo tempo, garantir-se-á a aplicação do Direito de acordo com as leis, com tratamento igual para todos. No nível das relações morais, é preciso que ninguém

¹⁰⁷ LOCKE, J. *Segundo tratado...*, ob., cit., pg. 127.

faça aos outros o que não gostaria que fizessem a si próprio: é preciso evitar os insultos, o orgulho, enfim, tudo que prejudique a concórdia; que os bens sejam distribuídos eqüitativamente e que haja uso comum daqueles que não possam ser divididos; havendo disputas, que se recorra a um árbitro imparcial e desinteressado. No essencial, esse Estado lockiano compartilha a distribuição do poder por distintos órgãos, principalmente para elaborar as leis e fiscalizar sua execução.

A obra lockiana valoriza mais os direitos individuais que as responsabilidades do indivíduo perante a sociedade política. A lei natural é o critério pelo qual se pode limitar e julgar os governantes, mas as leis positivas, emanadas do Estado, têm o condão de assegurar de maneira uniforme a obediência dos homens ao governo "justo". As relações assumidas pelos homens mudam entre o interior (a consciência dos indivíduos) e o exterior (as obrigações sociais). Em sentido amplo, opera-se, por um lado, uma perspectiva mundana e não-religiosa e, por outro, uma concepção eminentemente religiosa. Essa redefinição do espaço público e das liberdades públicas costuma ser chamada de "progresso liberal" pela doutrina. O caráter essencial da sociedade política está na organização das relações sociais através de procedimentos técnicos de regras e instituições para garantir a paz, distribuir a justiça e neutralizar os conflitos sociais. Ao mesmo tempo, ela organiza a vida social, pois parte dela provém das forças econômicas e das relações de troca de propriedade, livres da interferência do Estado. Esse Estado limitado assenta-se sobre o primado da lei natural e sobre o contrato social. A noção de limite é sempre dada pelos direitos naturais (direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade).

A autoridade legítima passou a ser fundada em pactos voluntários dos governados. O contratualismo lockiano (tácito, periódico e condicional) representou a apoteose do direito natural no sentimento individualista moderno. No contrato de Hobbes, os indivíduos alienam por inteiro seu poder em favor do rei ou da assembléia. Por contraposição, em Locke os direitos pessoais provêm da natureza, como dádiva de Deus, e estão longe de se dissolverem no pacto. No caso de Hobbes, os indivíduos abandonam todos os seus direitos, exceto um – a vida; já no caso de Locke eles só abandonam um direito – o direito de fazer justiça com as próprias mãos – e conservam todos os outros. Ao sacralizar a propriedade como direito natural anterior à associação civil e política, Locke, entronizando o direito de resistência, amplia o princípio individualista de vontade e consentimento.

O modelo lockiano cria o conceito moderno do direito de resistência, com fundamento e limite dado pelo Direito natural e pela separação dos poderes. O governante está adstrito a essas circunstâncias teóricas, com o fito de contrabalançar as investidas naturais da função. A novidade agora está em que a resistência é possível contra todos os poderes do Estado, caso eles falhem em suas funções.

1.3.1 A legitimidade do direito

Como surge a questão da legitimidade do Direito? Em Locke os homens abririam mão do poder individual, atribuindo-o à sociedade política na medida em

que esta lhes garantisse a tranqüilidade para manter a liberdade e a propriedade⁽¹⁰⁸⁾.

O termo *legitimidade*, em Locke, está relacionado a dois significados: um tem o sentido de racionalidade política e jurídica, e outro o sentido de valor. A racionalização jurídica é exteriorizada por regras e instituições que neutralizam o problema da força existente no estado de natureza. Da mesma forma, contribuem para harmonizar as diferentes vontades na "execução do contrato", como eleger e controlar o poder político. A ordem jurídica gera a legitimidade do poder político, pois só goza de autoridade aquele poder do Estado que está autorizado pelo contrato social. A outra legitimação do Direito está ligada à noção de valor social, que se relaciona com a subjetividade de cada indivíduo. A legitimidade política tende a garantir sua própria vontade política e jurídica de instituir consensualmente um poder político, para que possa ter continuidade reafirmada pela fonte originária do poder.

Desse modo, a combinação dos dois significados de legitimidade, a racionalidade e o valor, torna-se um atributo do Estado e da sociedade que consiste, por um lado, no consenso de um governo "justo" e, por outro, na obediência dos indivíduos sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos excepcionais. Isso tudo está de acordo com a ordem social, que

¹⁰⁸ LOCKE, J. *Segundo tratado...*, ob., cit., pg. 127. "O motivo que leva os homens a entrarem em sociedade é a preservação da propriedade; e o objetivo para o qual escolhem e autorizam um poder legislativo é tornar possível a existência de leis e regras estabelecidas como guarda e proteção às propriedades de todos os membros da sociedade, a fim de limitar o poder e moderar o domínio de cada parte e de cada membro da comunidade".

não é uma ordem natural e se funda em convenções que necessitam da viabilização política. A idéia-suporte era de que o Direito criado pelo Estado estaria em conformidade com as necessidades modernas, como racionalização do poder político e definição da relação fundamental entre poder e indivíduos. A legitimidade seria um elemento integrador na relação de poder com a sociedade, já que todo poder, em regra, busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo para transformar de forma inquestionável a obediência em adesão – a obediência como cimento fundamental da relação entre indivíduo e Estado.

As posições racionalistas de Locke priorizam o questionamento empírico do poder, principalmente da legitimidade estatal e da segurança jurídica. O Direito legítimo não deve ser apenas retórico, mas efetivo, combinando o Direito natural com o Direito positivo. São os valores do indivíduo que completam a ordem estatal, através da positivação dos valores do direito natural. Desse modo, os Direitos naturais se transformam em Direitos civis e, por consequência, são garantidos por uma coação superior - o Estado.

Ainda que seja um Direito não-coercível, o Direito natural paira acima do Direito positivo, e uma vez constituído o Estado torna-se lei do próprio Estado, já que este necessita de um ordenamento pacífico para executar os ditames da reta razão. Mas a quem cabe interpretar a lei natural? Para Hobbes, somente ao soberano, mas para Locke aos indivíduos, que funcionariam como mecanismo de filtragem das ações do governante, legitimando o direito de resistência contra a opressão. Os direitos naturais tornaram-se um instrumento essencial de luta contra a tirania política e religiosa. Para Locke, o Direito natural é essencialmente

justo, comum em todos os tempos e invariavelmente para todos os homens, inteligível, equivalente à lei da razão.

Locke reinterpreta a idéia de Direito natural como corolário da própria natureza das pessoas, isto é, os homens possuem o domínio absoluto sobre os seus bens. Dessa idéia de Direito natural surge o contratualismo, que é a valorização do indivíduo, pois está fundado em uma "ética minimalista" que atende a dois princípios: a autopreservação e a ilegalidade do dano arbitrário feito aos outros. O Direito natural tem origem na consciência do homem, pois esta possui algumas faculdades inatas, como o discernimento entre o bem e o mal, o justo e o injusto, o que representa a base da possível validade da ética do Direito positivo.

Assim, se o direito positivo coincidir com o direito natural em suas prescrições, sua legitimidade e validade estão asseguradas, caso contrário ele é ilegítimo e inválido, pois representa apenas uma aparência formal de Direito, uma iniquidade. Pode o Direito positivo se contrapor ao Direito natural e logo se reforçar em idênticas condutas e em muitos casos. A divergência entre os sistemas éticos produz a interpretação de que uma mesma conduta se apresenta como lícita, por um sistema, e como ilícita por outro. Locke pregava a necessidade de se elaborar um código que compreendesse a integralidade da lei da natureza numa transposição para os códigos jurídicos dos fatos humanos e da natureza.

A sociedade política, então, busca permanentemente a legitimidade da produção do direito e dos demais atos decorrentes da gestão pública, pois o poder legítimo é um poder cuja titulação se encontra alicerçada juridicamente, isto

é, está sendo exercido em conformidade com sua qualidade legal. O contrário de um poder legítimo é um poder de fato; o contrário de um poder legal é um poder arbitrário.

A organização política é dada pela lei positiva, entendida como força aglutinadora da justiça: "onde quer que a lei termine, a tirania começa, se transgredir a lei para dano de outrem"⁽¹⁰⁹⁾. A produção do Direito sob a forma de lei é a principal garantia contra o despotismo, segundo Locke, já que o fim da sociedade política é evitar o arbítrio da execução das leis naturais, se os homens continuassem a viver no Estado de natureza.

As liberdades individuais e a função da autoridade tornam-se elementos jurídicos de natureza constitucional e cível. O profundo enraizamento desses direitos na sociedade civil faz, nitidamente, a separação entre as articulações de poder político e as de ordem privada. Mudam as latitudes do Estado, o poder se estabelece de forma horizontal e não mais vertical, e o poder de Estado transmuda-se em poder jurídico, sendo a própria encarnação da sociedade constitucional.

Nessa perspectiva política, o Direito torna-se a soma dos valores individuais, mas sofre restrições devido à permanente interação com os direitos coletivos. Nesse caso, o Estado opera apenas como mecanismo de controle jurídico. No que se refere ao indivíduo, procuram-se dirimir os conflitos através de certas regras que satisfaçam o instinto de justiça.

¹⁰⁹ LOCKE, J. *Segundo tratado...*, ob., cit., pg. 120.

1.3.2 A resistência legítima

Em Locke, pela primeira vez o direito de resistência assumiu a forma de legitimidade popular, representando o método excepcional de modificações políticas no caso de os processos institucionais do Estado se mostrarem insuficientes ou os governantes exorbitarem das suas funções. Locke atribui ao direito de resistência uma categoria jusnaturalista inalienável, que não era suprimida no momento do pacto social e o tornava um instrumento político para o aperfeiçoamento do Estado.

Fora do modelo lockiano (do direito, da lei e dos limites do governo) dissolve-se o pacto de associação e, conseqüentemente, da sociedade política. Por isso os governantes perdem legitimidade quando violam essas leis fundamentais. Os governos são instituídos para protegerem a vida dos indivíduos, e quando o governante se torna destruidor de seus súditos a obrigação particular destes cessa e se inicia a resistência legítima. Se a sociedade é que confere o caráter político ao Estado para realizar o bem comum, ela não pode ser traída por aqueles a quem foi delegada essa atribuição. Com isso, o governante perde o apoio social, fonte de sua força, e arrisca-se a enfrentar a resistência, então considerada legítima. Nesse caso, deixa de ser devida a obediência dos governados, e se os governantes insistem em permanecer no cargo a resistência passa a ser um verdadeiro dever, antes de ser direito, isto é, “apelar aos céus”, na expressão de Locke. Não há na terra um juiz superior às partes. A resistência consiste na destituição do governante pelo descumprimento de seu encargo, o que, segundo Locke, se apresenta quando o governante, pelo uso ou desuso do poder, desrespeita a lei fundamental.

De forma definitiva, Locke reconhece explicitamente o direito de resistência com a destituição do governante, a dissolução do parlamento e a resistência à agressão estrangeira nas seguintes hipóteses:

1ª) Agressão estrangeira (motivos externos): a resistência por motivos de agressão externa de Locke é a mesma de usurpação por conquista de Hobbes, sendo considerada como ação inimiga, e diante do inimigo não há outro Direito além do direito de guerra contra o agressor. A mesma resistência se aplica também ao estrangeiro que atente pela força contra o governo. Da mesma forma, pode-se resistir pela força aos súditos ou aos estrangeiros que atentem pela força contra a propriedade. A resistência revestida de atos públicos graves, como a investida do estrangeiro contra o governo pela força ou atos de particulares contra outros particulares tendo como objeto a violação da propriedade, caracteriza, em ambos os casos, a "legítima resistência". "Quem quer que use a força sem Direito, como o faz aquele que deixa de lado a lei, coloca-se em estado de guerra com aqueles contra os quais assim age; e nesse estado cancelam-se todos os vínculos, cessam todos os outros direitos e qualquer um tem o direito de defender-se e resistir ao agressor"⁽¹¹⁰⁾.

2ª) Por motivos internos: a resistência por motivos internos está associada a três condições:

a) **Usurpação do poder:** essa hipótese de resistência tem o intuito de dissolver o legislativo quando este legislar em desconformidade com os preceitos da razão e do Direito natural ou quando o legislativo derroga o direito natural. Ocorre quando o legislador estabelece sua própria vontade contra o Direito

¹¹⁰ LOCKE, J. *Segundo tratado...*, ob., cit., pg. 131.

natural e o Direito positivo, extrapolando as funções de tutor da liberdade originária⁽¹¹¹⁾. É no legislativo que se unem e se combinam os membros da sociedade. Por conseguinte, quando se interrompe ou se dissolve o legislativo segue-se a morte do governo. Então, o poder que o povo entregou ao legislativo deve voltar ao próprio povo, que institui novo legislativo para assim prover a própria segurança e garantia, que são os fatores que constituem os objetivos das sociedades.

b) Abuso de poder: ocorre quando o governante ou o legislativo se torna tirano, agindo contrariamente ao encargo que recebem ou transgredindo a regra fundamental da sociedade, seja por ambição, loucura ou corrupção, tornando-se a si mesmos senhores da vida, da liberdade e dos direitos do povo. O abuso de poder entra em contradição com as finalidades políticas do Estado. Nessa situação, o indivíduo tem a liberdade de recorrer à resistência, principalmente quando o governante se torna tirano e se coloca em estado de guerra contra o povo.

Nessa mesma hipótese está a possibilidade de resistência contra o magistrado, quando este infringir as leis em desconformidade com os preceitos da reta razão, caracterizando ofensa maior, "não só por serem ingratos pela maior parte que têm pela lei, mas também por desrespeitarem o encargo que os seus

¹¹¹ LOCKE, J. *Segundo tratado...*, ob., cit., pg. 127. "Sempre que os legisladores tentam tirar e destruir a propriedade do povo, ou reduzi-lo à escravidão sob poder arbitrário, entra em estado de guerra com ele, que fica assim absolvido de qualquer obediência mais, abandonando ao refúgio comum que Deus providenciou para todos os homens contra a força e a violência. Sempre que, portanto, o legislativo transgredir esta regra fundamental da sociedade (...) perde, por esta infração ao encargo, o poder que o povo lhe entregou para fins completamente diferentes, fazendo-o voltar ao povo, que tem o direito de retomar a liberdade originária e, pela instituição de novo legislativo, conforme achar conveniente, prover à própria segurança e garantia, o que constitui o objetivo da sociedade. O que se disse acima a respeito do legislativo em geral também se aplica ao executor supremo (...)"

irmãos lhes colocaram nas mãos"⁽¹¹²⁾. Quanto à resistência ao magistrado, Locke não indica as formas de ação e de solução para o caso.

c) Omissão de poder: acontece quando o governo, pelo desuso do poder, desrespeita ou abandona o encargo do poder executivo, de sorte que não seja mais possível pôr em execução as leis já promulgadas. A omissão do governante na execução do contrato social leva a uma situação de anarquia, com o retorno ao estado de natureza. O governante, nessa condição, enfrenta dois problemas políticos sérios. O primeiro registra que sua missão deixa de ser cumprida, abalando a soberania. O soberano, por não ser legítimo, torna-se ente passivo da resistência e, além de ficar aviltado seriamente em sua legitimidade, tem o ônus de essa resistência se fundamentar exatamente na sua omissão quanto à execução do contrato. O segundo, como consequência do primeiro, assenta-se na ausência do contrato, devido à omissão do governante na execução do mesmo; então, não havendo mais contrato os súditos estão desobrigados da obediência à autoridade superior. A resistência visa, então, a afastar o governante fraco, que não soube tratar dos negócios de Estado com a devida segurança. A faculdade de assim proceder permite que os indivíduos, representando a vontade da "maioria", passem a dispor do direito natural de resistência para afirmar o pacto social.

Quanto às distintas hipóteses de resistência do modelo lockiano, os contornos da resistência legítima estão na má constituição do governo, exceto o da agressão externa que independe da vontade política interna. Os demais fundamentam-se na quebra de contrato por parte do soberano, geralmente não

¹¹² LOCKE, J. *Segundo tratado...*, ob., cit., pg. 131.

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 em geral e merecem aprovação. Por outro lado, Locke define governo mau como aquele que abusa do próprio poder e trata os seus indivíduos não como homens livres, mas como escravos. Confiscar a propriedade ou tirar a vida de uma pessoa é um ato abusivo, característico de um governo mau ou tirânico. Para Hobbes, o mau governo é o que peca não por excesso, mas por defeito, e não cumprindo satisfatoriamente a segurança dos súditos não cumpre a tarefa fundamental de fazer cessar o estado de natureza. Mas, das duas formas diferentes de mau governo, há um caráter essencial em comum: o reino do medo, e este é contrário à sociedade política, que nasce para instaurar o reino da paz e da segurança.⁽¹¹³⁾

Agora, como identificar eventuais descumprimentos, por parte do governante? Ainda que seja possível verificar com absoluta segurança a ilegitimidade do governo, abrem-se novas indagações sobre o regime político ideal. Nessas circunstâncias, a resistência estabelecerá as condições de sua legitimidade, conforme o curso da dinâmica social. Para Locke, somente será legítima a resistência quando houver apoio da maioria social, com nítida evidência da transgressão do pacto por parte do governante, pois o povo é o intérprete do comportamento dos governantes, que é, em última instância, a fonte da legitimidade do poder político. Mas como se aferem as condições para a resistência sem cair num problema de crime comum? Para Locke, deve-se

¹¹³ BOBBIO, N; BOVERO, M. *Sociedade e Estado...*, ob., cit., pg. 83.

identificar de plano o que vem a ser uma estratégia de resistência na busca do aperfeiçoamento do Estado e o que vem a ser uma ação criminosa comum. Para identificar o crime comum, Locke apresenta os quatro elementos da relação jurídica: 1) autor: governante ou súdito; 2) meios: ação violenta; 3) finalidade: apropriar-se de direitos do príncipe ou do povo; 4) consequência jurídica do ato: ataque à Constituição e à estrutura de qualquer governo justo⁽¹¹⁴⁾.

Logo, a comunidade é sempre o poder supremo, mas só é considerada assim quando se dissolve o governo. Quando o executivo está investido em uma única pessoa, esta pode chamar-se suprema, pois possui em si a suprema execução da lei. Sendo este o supremo executor da lei, atuando pela vontade da sociedade, não tem vontade própria, ou poder, senão o da lei. Mas quando abandona essa representação-autorização e passa a agir pela sua própria vontade particular, rebaixa-se a pessoa comum, sem poder e sem qualquer direito à obediência.

No modelo lockiano, a arena propícia para o espaço da política é legislativo, "mesmo porque a representação é o único recurso capaz de tornar a participação popular possível⁽¹¹⁵⁾. Contudo, o poder legislativo não pode transferir o poder de elaborar leis a outras mãos quaisquer; já que só é poder enquanto delegado pelo povo, que é quem pode indicar em que mãos deve estar. Locke entende que a representação política viabiliza a vontade popular majoritária, integra as "minorias" e, ao mesmo tempo, neutraliza as eventuais tiranias das

¹¹⁴ LOCKE, J. *Segundo tratado...*, ob., cit., pg. 130. "Estou certo, porém, do seguinte: quem quer que, governante ou súdito, empreende pela força invadir os direitos do príncipe ou do povo e põe as bases para derrubar a constituição e estrutura de qualquer governo justo é altamente responsável pelo maior crime de que um homem seja capaz."

¹¹⁵ SOARES, L. E. *Os dois corpos do presidente...*, ob., cit., pg. 40.

"maiorias"⁽¹¹⁶⁾. No cálculo lockiano, as minorias não submergem diante da força das maiorias, assegurando-se a combinação da liberdade e da igualdade.

Então, se houver um conflito entre a "maioria" social (fonte do poder originário) e o poder legislativo (fonte da soberania popular), ambos perdem legitimidade na medida em que uma ocupa o espaço político da outra, pois a indisposição social contra as decisões de seus representantes negaria sua própria capacidade de escolha de seus representantes. Nesse caso, a resistência faz sentido se a decisão do parlamento estiver contrária às ordens prescritas no pacto, hipótese na qual os parlamentares seriam co-autores. Então, em nome da "ordem natural das coisas" cabe a resistência legítima para dissolver o parlamento e "instituir novo legislativo, que difira do anterior pela mudança das pessoas ou da forma, ou por ambas as maneiras, conforme julgar mais conveniente ao próprio bem e segurança"⁽¹¹⁷⁾.

A resistência, em Locke, além de um direito, torna-se, conforme as circunstâncias, um dever dos indivíduos, para desencadear a resistência e dissolver e formar governos decididos a fazer do Estado um poder a serviço das liberdades inscritas em cada indivíduo. Essa faculdade de resistir permite aos indivíduos reafirmar seus direitos naturais. Esse tipo de governo está amarrado por regras positivas e instituições político-jurídicas que limitam sua soberania, enquanto para Hobbes o soberano não necessita de uma autorização para os atos e decisões políticas.

¹¹⁶ Vd. SINGER, Peter. *Democracy and disobedience*. Oxford: Oxford University Press, 1974, pg. 42 ss.

¹¹⁷ LOCKE, J. *Segundo tratado...*, ob., cit., pg. 126.

Quanto ao exercício da usurpação, que também pode ser estrangeira, é uma espécie de conquista interna, com a diferença que um usurpador não pode ter nunca o Direito a seu favor. Assim, a usurpação consiste somente na mudança de pessoas, mas não das formas e regras do governo – porque se o usurpador estender o seu poder além do que de direito pertence aos governantes legítimos, junta-se então a tirania à usurpação.

Do mesmo modo que a usurpação consiste no exercício do poder a que outrem tem direito, a tirania é o exercício do poder além do Direito, mas para a satisfação da ambição, por vingança, cobiça ou qualquer outra paixão que domine o usurpador. Onde quer que a lei termine, a tirania começa, se houver transgressão à lei para dano a outrem. Se os atos ilegais praticados pelo governo forem mantidos por meio do poder que ele tem em mãos, o remédio adequado para a situação é o direito de resistência. O usurpador só terá poder sobre o povo conquistado se este consentir; e não terá autoridade legítima enquanto a força – e não o consentimento – obrigar o povo à submissão. Nenhum governo pode ter direito à obediência de um povo que não a consentiu livremente.

De qualquer forma, Locke abre uma exceção ao conquistador de guerra justa, o qual terá o direito despótico sobre as pessoas que concorreram na guerra contra ele e suas propriedades, desde que não prejudique a terceiros. Mesmo sendo um usurpador, ele poderá passar a ter o seu poder, que até então usurpou, confirmado e legitimado pelo povo, desde que o povo esteja em liberdade para dar tal assentimento, pois em todos os governos legítimos a designação das pessoas que têm que exercer o mandato constitui parte tão natural e necessária como a própria forma de governo, e cabe ao povo estabelecê-la.

É especialmente importante registrar a contribuição de Locke para o reconhecimento e a invocação do direito de resistência, numa definitiva diferenciação entre âmbito público e esfera privada, quanto ao seu exercício – um direito de resistência laico.

1.4 A construção da sociedade política moderna

A modernidade conhece uma nova forma de organizar a sociedade política (Estado moderno), um ente racional, artificial, impessoal, com unidade de comandos e de força, ordenado por regras e instituições permanentes, com corpo de funcionários próprios e especializados em funções. Dessa forma, a tendência marcante do Direito público no século XVIII foi a garantia do indivíduo contra o poder político tendo em vista a segurança jurídica, a ordem social e a distribuição da justiça. Hobbes, como Locke, estabelece nítida separação entre Direito e lei, tanto que reconhece que ninguém pode tirar a vida do outro, senão para assegurar a ordem e a segurança. Para Hobbes, a segurança dada pelo *Leviatã* era, antes de tudo, um problema de necessidade, ao passo que para Locke era um problema valorativo.

A história do processo de construção da sociedade política tem como ponto culminante o conceito de Estado e os novos elementos integrantes (povo, território e soberania), elucidados por meio das diversas combinações do princípio da territorialidade com as obrigações política e jurídica. Do longo caminho de construção teórica do Estado moderno, podem-se agrupar características gerais que marcam a história do pensamento político: 1) a concepção de direitos naturais e individuais; 2) o Estado como antítese do estado de natureza; 3) a

concepção racionalista da teoria contratualista da origem do Estado; 4) a teoria da legitimação através do consenso ou através da força física. Dessas características salienta-se o problema da legalidade e da legitimidade, a partir das disjuntivas Estado/sociedade e poder/liberdade.

A fundação da sociedade política é o resultado concreto das distintas explicações sobre a origem do Estado moderno. A sociedade política tem origem contratual entre os homens e apóia-se em dois pilares: um, da legitimidade política, e outro, da legitimidade jurídica, mantida por autoridade legítima, regulada por um sistema jurídico. O poder, enquanto matéria predileta das idéias políticas modernas⁽¹¹⁸⁾, conhece a unidade do poder e, ao mesmo tempo, experimenta a separação dos poderes em distintas funções (legislativa, executiva e judiciária) e, fundamentalmente, a noção de limites do Estado. O governante investido nas funções de Estado tem limites dados pelo próprio poder e pelos direitos individuais.

Direito e Estado são unidos pelo mesmo conteúdo, pois o poder político não é mais do que um poder que torna real um ordenamento normativo e se baseia na legitimidade das ordens e no direito de mando de quem as está delegando, e em um sistema de normas racionais instituídas. Mas, se a unidade de poder político se apresenta pacífica entre os pensadores (Hobbes e Locke), outras questões de importância semelhante são colocadas, com respostas radicalmente antagônicas, como: a) se o poder soberano é limitado ou absoluto;

¹¹⁸ CHÂTELET, François (*et alii*). *História das idéias políticas*. trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1985. pg. 46. O pensamento de Jean Bodin impõe-se por um traço singular que faz dele, depois de Marsílio de Pádua e de Maquiavel, o iniciador da teoria moderna do Estado, pela definição que ele apresenta do poder político como forma necessária à existência social. Bodin concebe a teoria da soberania e dos direitos do soberano como solução para os conflitos religiosos que desgraçava a França.

b) se é divisível ou indivisível; c) e se é resistível ou não-resistível. Contudo, as soluções teóricas estão estreitamente ligadas.

1.4.1 O Estado e o direito em Hobbes e Locke

Hobbes e Locke concebem a política em termos de direitos – direitos da soberania e direitos individuais. A concepção de “direito à vida, à liberdade e à propriedade” é atribuída a Locke. Tanto para Hobbes como para Locke a vida política só pode ser compreendida em termos de lei civil na sociedade política. Hobbes exalta a lei, considerando-a fonte de direito segundo a vontade do soberano. A produção do direito através de leis, isto é, através de normas gerais que possibilitam prever as conseqüências das próprias ações, liberta o indivíduo definitivamente da insegurança proveniente do estado de natureza. Significa que é a passagem de um Estado não-jurídico, onde não existe um direito objetivo universalmente válido, mas somente direitos naturais, para o Estado jurídico, isto é, para o Estado que é fundado juridicamente por meio do pacto, através do qual os indivíduos se associam e colocam em comum os próprios bens e as próprias forças. Em Locke, a passagem da sociedade natural, onde se desenvolvem as relações sócio-econômicas, para o Estado pode ser representada como a passagem da sociedade de direito privado para a sociedade de direito público, ou seja, de direito protegido.

Hobbes personaliza a noção de segurança jurídica como razão e motivadora da vida social. Ora, se a sociedade deve combater o mal extremo advindo da anarquia, que provém do estado de natureza, a solução está na capacidade de o soberano ser irresistível, ou seja, que possua extrema força para

impor ao súdito apenas o dever de obediência. A visão de Locke é oposta: considera o despotismo um mal extremo e um prolongamento do estado de natureza, um mal que provém da conduta irrefreada do soberano, e defende em determinados casos o direito de resistência às ordens do soberano⁽¹¹⁹⁾. Há, aqui, então, duas situações – da anarquia e do despotismo – expressamente invocadas por Locke como se fosse a teoria dos dois males, ou se a “opressão ou a desobediência fez surgir primeiro a desordem, deixo à imparcialidade da História decidir⁽¹²⁰⁾. Reconhece Locke que a história dá razão aos que consideram como causa mais freqüente de tais males a resistência do povo, mais inclinado a suportar que a promover sedições, do que a opressão do soberano.

A concepção moderna do Direito como mecanismo de segurança jurídica, para Hobbes, e de legitimidade política, para Locke, advém precisamente de uma perspectiva de que o direito é a única forma de racionalização das relações sociais, em parte, por três fatores: 1) a declaração formal do direito pelo Estado (positivismo jurídico), graças à influência da escola do Direito natural; 2) a necessidade de legitimar o Estado por meio de leis que justifiquem as ações governamentais. O Direito criado pelo soberano ou pelo Parlamento necessita de dois resultados: convencer sobre os bons propósitos legislativos ou usar a força pública por ele monopolizado; 3) finalmente, uma exigência sistemática, a de construir todo o sistema jurídico usando categorias de direito privado (propriedade, sujeitos de direito, contrato) e colocando toda a base de juridicidade: *pacta sunt servanda*.

¹¹⁹ BOBBIO, N; BOVERO, M. *Sociedade e Estado...*, ob., cit., pg. 81.

¹²⁰ LOCKE, J. . *Segundo tratado...*, ob., cit., pg. 130.

O Estado surge para equilibrar a violência. "Deus estabeleceu o governo com o fito de restringir a parcialidade e a violência dos homens"⁽¹²¹⁾. Com isso, mudam completamente as funções do soberano, há uma cisão nas funções do soberano, que era encarregado de dizer o Direito, conforme Hobbes, para um outro ente autônomo, com competência específica para elaborar a legislação – o Parlamento. Torna-se, com isso, possível afrouxar a vinculação do soberano hobbesiano, que é o doador da lei, por uma elaboração colegiada, transigida, que declara ou modifica a lei ou o Direito, como uma resposta funcional do sistema jurídico que reclama segurança jurídica. Ao mesmo tempo, o parlamento torna-se capacitado a ajustar o direito de acordo com as mudanças sociais, baseado no axioma "a certeza do direito estatal garante a segurança social". Por esse motivo, a legalidade do Estado de Direito não pode substituir a legitimidade. Diz Heller: "quem unicamente pode assegurar sempre a justiça é a consciência jurídica individual. Mas, com isso, surge no Estado moderno um conflito necessário e insolúvel entre juridicidade e segurança jurídica. Esse conflito tem caráter necessário, porque em um povo vivo não pode reinar nunca pleno acordo sobre o conteúdo e a aplicação dos princípios jurídicos vigentes"⁽¹²²⁾.

O êxito da execução do contrato social com o intento de assegurar a segurança jurídica necessita da legitimidade política. O senso de obrigação política e jurídica não se assume por se haver nascido ou por se submeter à

¹²¹ LOCKE, J. *Segundo tratado...*, ob., cit., pg. 13.

¹²² HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. trad. L. Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, pg. 270.

sociedade em que se nasceu. "As obrigações reais ocorrem apenas quando uma participação intencional como membro soma-se ao *status* de membro"⁽¹²³⁾.

Quando e como se soluciona a legitimidade jurídica? Inicia-se a legitimidade no pacto fundador da sociedade política que, por força de acordo comum, se transforma em um sistema jurídico seguro – o direito positivo. E qual o fundamento da validade do novo ordenamento? Para Hobbes, está na lei fundamental do Estado, que sistematiza a renúncia e as transferências dos direitos e liberdades dos súditos e autoriza o soberano a ditar as leis positivas. Essa norma tem validade absoluta, mas não é uma hipótese normativa por estar fundada na lei natural da ordem, que está ligada a outra, que deve ser observada, a norma *pacta sunt servanda*. Portanto, "o fundamento da validade da norma que prescreve a obediência dos súditos é a norma que prescreve aos súditos atribuírem ao soberano o poder absoluto de ordenar"⁽¹²⁴⁾. O soberano é o legislador, e compete a ele fazer leis boas, isto é, leis necessárias, evidentes e justas para o bem do povo, pois nenhuma lei pode ser injusta⁽¹²⁵⁾. O objetivo das leis boas não é só coibir o povo, mas sim dirigi-lo, anunciar regras autorizativas, isto é, a liberdade individual apenas como liberdade de escolha inofensiva.

Hobbes não atribui valor à lei, pois esta é justa por definição, diferentemente de Locke, que atribui valor ao ordenamento jurídico, tanto que admite a lei injusta e o direito de resistência por parte dos indivíduos. Para Locke, a ordem justa seria aquela promulgada pela autoridade legítima que materializa

¹²³ WALZER, M. *Das obrigações políticas: ensaios sobre desobediência, guerra e cidadania*. trad. H. M. C. M. Pereira. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977, pg. 12.

¹²⁴ BOBBIO, N. *Thomas Hobbes*. ob., cit., pg. 124. No desenvolvimento teórico do direito, Hans Kelsen chamaria essa hipótese normativa de "norma fundamental", uma norma não evidente por si só, e que tem fundamento de sua validade em outra norma, uma norma superior hipotética.

¹²⁵ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob. cit., pg. 206.

os direitos naturais. O governo executa as leis que são feitas pelo legislativo, que é respaldado pela vontade dos homens. A ordem pública consiste na liberdade do homem para conduzir suas ações e regular suas posses, mas dentro dos limites da lei de natureza, sem depender da vontade e da permissão de qualquer outra pessoa. A ordem pública deve ser justa, caso contrário cabe a resistência ao governo injusto que ofende as leis naturais, ameaça a vida e a propriedade com violência.

Nessa perspectiva, o Estado representa uma contingência histórica ocidental em que, no contexto de uma sociedade em rápida transformação, o ente estatal foi o centro canalizador de criação e sistematização das liberdades públicas que, no fim do século XIX, vão se denominar "direitos fundamentais", embora substantivamente mais ampliados. De fato, o pensamento político moderno provoca uma mudança qualitativa e quantitativa no Estado e nos direitos dos homens. Nesses direitos e liberdades reconhecidos está a resistência, que tem sido elevada da categoria de direito individual para direito fundamental.

A emergência dos direitos fundamentais é certamente um dos maiores patrimônios do Estado moderno. Nesse novo *status* de reconhecimento de direito, o direito de resistência sai do mundo dos fatos para a institucionalização jurídica, como veremos no próximo capítulo.

CAPÍTULO 2

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE RESISTÊNCIA

2. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE RESISTÊNCIA

Este capítulo visa analisar os fundamentos da institucionalização do direito de resistência, que ocorreu pela via jurídico-constitucional consolidando as vertentes éticas e ideológicas no âmbito do Estado moderno. A institucionalização da resistência, bem como os seus desenvolvimentos anteriores à época do fenómeno constitucional, resulta, em parte, da teoria lockiana (jusnaturalista) e da institucionalização do direito pelo Estado (positivismo). A legitimidade e a legalidade se relacionam e se completam. A institucionalização, por si só, não implica a legitimidade do novo poder ou sua eficácia, que são problemas que independem dela⁽¹²⁶⁾.

A institucionalização da resistência se interessa pela argumentação jusnaturalista de Locke e também pelas pressuposições normativas, além das situações jurídicas não previstas no ordenamento jurídico. O direito de resistência não se limita à exegese dos textos jurídicos, mas diz respeito também à matéria do direito e à função social das suas prescrições. Desse modo, a institucionalização transcende o positivismo jurídico, pois se concebe como uma justificativa dinâmica de regras e princípios combinada com a axiológica do direito.

O fundamento jurídico do direito de resistência permanece ligado a dois modelos jurídicos clássicos, como vimos, o jusnaturalismo e o positivismo. A estrutura do conceito da resistência na perspectiva jusnaturalista retoma a

¹²⁶ BUFFELAN, J. P. *Introduction à la sociologie politique*. Paris: Masson ed. 1969, pg. 211.

liberdade natural do homem. O direito de resistência, como qualquer outro direito natural, apresenta-se independente do ordenamento jurídico e fundamenta-se em uma ordem superior, universal e imutável. Contudo, não preenche as condições de certeza e segurança requeridas pela modernidade; faz-se necessário um novo modelo – o direito estatal. Ao mesmo tempo em que se pronunciava o direito positivo com as "promessas" de certeza e segurança jurídica, admitia-se o direito de resistência. Da ordem jurídica estatal surge a mais nova e substantiva justificação da resistência, exatamente de onde Hobbes via a negação da desordem pelo direito positivo declarado pelo soberano. Essa dicotomia "hipotética" de modelos vai ser substituída pelo poder jurídico ou segurança jurídica. Se o direito positivo representa o Estado racional, a resistência também tem um cunho racional. A nova ordem estatal de racionalização do poder político pela Constituição assinala, simbolicamente, para os jusnaturalistas a passagem do estado de natureza à sociedade política. Essas idéias têm em comum a necessidade de limitação e o controle dos abusos de poder do próprio Estado.

O que está suposto neste capítulo é a real compreensão dos elementos da estabilidade institucional. O problema da resistência passa a ser não apenas político, mas também jurídico. O fenômeno da resistência faz a passagem do "subjetivo" ao "objetivo", traz o "fato privado" para a arena pública. Em consecução a esse raciocínio, a resistência transmuda-se de fato social em fato jurídico, que se conforma dentro do sistema político-jurídico positivo. A resistência sai do mundo dos fatos empíricos para o resguardo do Estado e torna-se um "bem" protegido juridicamente, e não mais mera retórica política.

Essa idéia ganha espaço e acompanha o fenômeno constitucional, ganhando consistência na medida em que os fatos sociais vão tomando formas institucionais, como o direito de resistência, que se vai convertendo em princípios ou preceitos positivados nos textos constitucionais de alguns Estados nacionais. Na maturação do processo de formação do Estado, dois elementos são determinantes: os direitos positivos e a constitucionalização de direitos.

Ao longo deste capítulo, serão analisadas questões difíceis e complexas da relação - liberdade *versus* poder. Veremos que não basta o simples reconhecimento positivo do direito de resistência, pois a questão fundamental é saber, como o Estado pode garantir um direito contra si mesmo? Com essa indagação, aumenta a complexidade da matéria. Ora, ao garantir o direito de resistência, o Estado dá efetividade aos direitos fundamentais, mas será que "não abandona" os seus próprios direitos? Então, em contrapartida, como podemos exigir a efetividade desse direito pelo ente estatal? Como se equaciona uma outra justificação da resistência, além do jusnaturalismo e do positivismo? De qualquer forma, essas indagações nos possibilitam a reflexão sobre o sistema jurídico como um todo, principalmente quanto à natureza e aos fins das normas e à qualidade da decisão judicial.

2.1 Ordem política e poder jurídico

A ordem política, por necessidade existencial, tem que aspirar a ser poder jurídico, a ser ordem estatal. O Estado, ao adotar o método jurídico⁽¹²⁷⁾, absorve a ordem política. A ordem sofre um efeito circular entre os que detêm e aqueles a

quem se dirige o poder. Dessa relação emerge a noção de poder, que se antepõe à noção de liberdade, tendo repercussão teórico-prática sobre as obrigações jurídicas. Exatamente do resultado do embate político dependerá, em parte, a legitimidade do ordenamento jurídico, mas isso não significa uma submissão cega da ordem social aos ditames da estrutura jurídica, pois certamente demandará que a autoridade seja legítima.

As questões do poder e da liberdade foram analisadas por muitos autores. O poder político tem méritos e defeitos, para isso La Boétie admite que existe o poder como instância separada que assegura o comando de "alguém", o que implica a obediência dos outros⁽¹²⁸⁾. A observância da obrigação jurídica pela maioria dos indivíduos é, ao mesmo tempo, a condição e a prova da legitimidade do ordenamento político-jurídico. O poder político que pretende ser legítimo encoraja a obediência e desencoraja a desobediência.

O fenômeno da resistência é um problema de poder jurídico, porque este é que opera os conceitos de poder e de limites do Estado e do indivíduo e as demais ordenações das relações sociais e políticas. A ordem jurídico-política deve preocupar-se em determinar o *quantum* de poder que o Estado tem e, da mesma forma, o *quantum* de poder que a sociedade tem. Em simples considerações aos nossos autores de base (Hobbes e Locke), a resposta seria simples para o primeiro, já que ele concentra todo o poder nas mãos do soberano, e o segundo, de forma contrária, estabelece limites claros ao governo nos direitos individuais,

¹²⁷ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. trad. F. de Los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1973, pg. 103.

¹²⁸ CHATELET. François (et alii). *História das idéias políticas*. ob., cit., pg. 44.

na liberdade e na propriedade. Para Locke, o Estado existe para beneficiar o povo, e não este para beneficiar o Estado.

Nesse contexto, Hobbes e Locke não cessaram de representar um papel relevante na construção teórica do Estado moderno, negando ou mantendo a resistência como vetor nesse processo histórico.

2.1.1 Ordem política

A ordem política e a questão constitucional constituíram tema principal do pensamento político-jurídico do século XVIII, na Europa, para assegurar a garantia jurídica. Deriva da necessidade histórica de combinar a liberdade com o poder, questão essa que se relaciona historicamente com a separação entre a monarquia absoluta e a monarquia parlamentar inglesa, que teria a primeira experiência na Revolução Gloriosa de 1688. O modelo hobbesiano se caracteriza pelo discurso da ordem, em que o Estado é um juiz racional de "homens irracionais".

No pacto fundador da sociedade política, em Hobbes, a transferência de direitos tem de ser irreversível, assegurando, desse modo, a plena legitimidade da ordem política, que se fundamenta na autoridade e na lei positiva. Lei, poder e ordem reúnem-se na mesma cadeia lógica que procura permitir a sobrevivência artificial do homem. A legitimidade aparece apenas no momento do pacto, já que a autoridade soberana é dada por cada indivíduo no *Leviatã*, e a soma das autorizações dos súditos é que legitima a autoridade suprema do soberano, viabilizando a questão estratégica da ordem e da segurança jurídica.

Hobbes concebe a soberania política como mera capacidade de obter a ordem, por meio do consenso ou da coação. Em vez disso, Locke exige um consenso indireto, expresso por meio de representantes. Ambos elegem o consenso social como princípio de legitimação do estado político, mas diferem quanto à melhor forma de governo – para Hobbes, a monarquia, e para Locke, o constitucional representativo. Além de manifestar sua preferência por um rei absoluto, Hobbes reconhece a legitimidade de outros tipos de governo, porém não admite que o governo seja misto, como a monarquia constitucional. A forma de governo expressa nas ideologias políticas modernas dos autores apresenta-se conservadora em Hobbes, liberal em Locke. A ideologia lockiana acolhe os limites claros do governante, balizados pelos direitos individuais, previstos no pacto de união, que possibilitam duas soluções opostas com relação ao problema da obrigação política: o dever de obediência ao governante e também o direito de resistência do súdito.

Representa, de um lado, a radicalização do discurso da ordem e, de outro lado, a defesa intransigente do direito à vida. O direito natural não é a condição de limites do soberano e, sim, a forma de reafirmar a isenção de limites do soberano, pois se for limitado não é soberano. Exatamente o oposto de Locke, que, mais tarde, será considerado como limite de ação do governante. Não há autonomia da moral em relação à política, porque o soberano reúne a moral pública e privada. Locke, ao contrário, separa essa disjuntiva entre poder político e liberdade individual no interior da sociedade política. Pela criação e combinação desses elementos, Hobbes formula um projeto político de Estado com a mudança

qualitativa do *status* humano – a necessidade da segurança dos direitos dos homens.

Hobbes, então, combina pacto e força na origem do Estado, que fundamenta a capacidade coercitiva de obter a obediência dos súditos por meio de sanções; assim, o direito coincide com a força. A questão da segurança político-jurídica eleva-se na categoria maior na organização estatal na obra de Hobbes, que para isso opera com a perspectiva de um governo forte a fim de manter a ordem. A filosofia de Hobbes é um momento exemplar da convergência entre ordenamento jurídico e poder estatal. A importância do ordenamento jurídico consiste em garantir os dois valores fundamentais, cuja concretização forma a essência do papel do direito: o valor da certeza e o valor da igualdade. Essas normas, que dispõem sobre a organização do Estado, são chamadas de *leis fundamentais*.

Hobbes, como Locke, entende que o contrato é necessário, apesar de ter motivos diferentes. O pacto entre os membros da sociedade delega o exercício do poder ao *Leviatã*, e portanto deve ser um pacto de submissão ou um pacto complexo, constituído por um contrato social seguido por uma doação⁽¹²⁹⁾. Locke, ao contrário do que fez Hobbes, não considera o contrato criador da sociedade política como gerador da onipotência do Estado, mas limitado pelos direitos individuais. De resto, ambos consideram a dissolução do Estado como um retorno ao estado de natureza, retorno hipotético ao estado de guerra. Com a elaboração do pacto, cria-se uma teoria jurídica do Estado, baseada no controle interno e externo do poder.

¹²⁹ HOBBS, T. *Do cidadão*, ob., cit., pg. 11.

Disso tudo, surge uma questão sobre se o poder é limitado pelas leis ou pelos direitos dos indivíduos: quem teria o poder? Para Hobbes seria o soberano; para Locke, o parlamento. Então, como conciliar os dois contratos, um público (soberano/súdito) e outro privado (indivíduo/indivíduo) no interior do mesmo Estado, quando entram em conflito os interesses do soberano ou do povo? no primeiro contrato, nega-se a bilateralidade plena, devido à supremacia da ordem pública sobre as coisas privadas, e este é um problema político, antes de ser jurídico. Nega-se ao povo qualquer personalidade jurídica, que seria apenas privativa dos indivíduos, como quer Locke; no segundo contrato, reserva-se ao Estado o juízo em última instância, como mandatário geral. O cidadão pode exercer uma censura moral em relação ao Estado.

O contrato público lockiano prevê a cessão de parte da liberdade do indivíduo na instituição do mesmo, detendo este, certos direitos acima das leis e do poder político. Assim, o direito não está aprisionado, ficando aberto e superando os enunciados do ocultamento e inibidores de opções políticas democráticas, como o direito de resistência; pode, ainda, influir nas mudanças sociais. De resto, para Locke o contrato serve principalmente como instrumento necessário à finalidade de permitir a afirmação de um certo princípio de legitimação. Se a legitimidade requer o consenso ou o quase-consenso daqueles que governam e dos governados, isso deve estar balizado pelo pacto, senão expresso, pelo menos tácito, entre os que deram vida à sociedade política⁽¹³⁰⁾. A igualdade das partes para o contrato entre o soberano e o indivíduo é o que, para Locke, de fato dará legitimidade política. O contrato, então, não é só fundamento

¹³⁰ BOBBIO, N.; BOVERO, M. *Sociedade e Estado...*, ob., cit., pg. 64.

da legitimação, mas também um princípio explicativo. No contrato de Locke entram o governante e o governado, enquanto para Hobbes o soberano não entra no contrato. A existência da sociedade política é justificada não porque todos os homens são egoístas, e sim porque alguns se afastam do bem comum. No âmbito do modelo hobbesiano, é preciso ainda fazer uma outra distinção entre quem concebe a soberania como mera capacidade de obter, por meio do consenso ou da coação, obediência às próprias normas e quem, em vez disso, exige um consenso indireto, expresso por meio de representantes, como no modelo lockiano.

A ordem pública como fundamento da organização política tende a identificar-se com formulações negativas que incluem normas de proibição. A ordem pública, em regra, deve combinar o respeito, a equidade e a segurança da sociedade. Essa preocupação toma ênfase quando Hobbes e Locke teorizam a respeito do papel do Estado.

Na tensão entre ordem/leis/poder e liberdade, apesar de sua natureza conflituosa e instável, pode-se encontrar um ponto ótimo de convivência dentro do modelo democrático. Os desequilíbrios entre Estado e sociedade não são saudáveis para as partes. Havendo um desequilíbrio em favor do Estado, poderá haver conseqüências gravíssimas para a liberdade e a dignidade humana, como no modelo hobbesiano, que não identifica os direitos dos súditos com os do soberano. O mesmo desequilíbrio aconteceu com a experiência totalitária de Estado, que intensificou a opressão contra grupos étnicos, classes e convicções políticas e religiosas, com repercussão na vida das nações. De outro modo, desequilibrando em favor da liberdade, nega-se o papel do poder estatal em favor

da mais ampla autonomia da condição humana, tendo como conseqüência a baixa efetividade da vida social devido à ausência de limites. A simples negação da autoridade também, em parte, é a própria negação da liberdade, já que aquela é que garante o exercício desta. A devida correspondência de limites entre poder e liberdade toma-se a tese mais acertada sob o ponto de vista da experiência humana, sem perder a crença democrática da boa convivência entre participação social e exercício do poder – ambos são fundamentais nas suas respectivas estratégias.

Um dos temas recorrentes no pensamento político é a contraposição entre governo dos homens (sem limite de poder) e governo das leis, caracterizada pela relação jurídica entre a lei e o governo (com limite de poder). Dessa forma entendiam os modelos hobbesiano e lockiano. O conceito de *ab legibus solutus* denuncia imediatamente que o terreno sobre o qual se assentou a obrigação política foi jurídico, desde o fim da Idade Média até nossos dias. A questão da legalidade vem associada à questão da segurança jurídica – para as mesmas ações, o mesmo resultado. O soberano não é mais *legibus solutus*; conseqüentemente, tem que governar não conforme seu próprio arbítrio, mas em conformidade com leis positivas a ele superiores. A idéia do governo das leis precisa ser interpretada no sentido de que os governantes devem exercer o próprio poder unicamente pela promulgação de leis, mediante normas que tenham validade para o bem comum, como objetivo do que seria a norma jurídica.

A sociedade moderna conhece o fundamento do poder pela legitimidade política, que se afere pela variável da adesão à obrigação de obediência. A questão do poder político fica institucionalizada entre poder e liberdade. Mas,

essa não é uma relação simples e linear, pois há, nela, uma multiplicidade de formas que vão desde o conflito aberto até a autocomposição do mesmo. Dois problemas se apresentam quanto à natureza da obrigação política do contrato público: o primeiro refere-se à situação de quem, num contexto político, é induzido de modo legítimo ou arbitrário à condição de adotar um determinado comportamento, seja por consciência, por necessidade ou pela presença de uma sanção jurídica. O segundo problema relaciona-se à sanção moral ao lado da legitimidade do poder. A obrigação política se confunde com o dever moral, mas, para isso, não devem pairar dúvidas sobre a vontade do legislador ou do governante, e deve haver a reta compreensão por parte dos súditos ou indivíduos.

Quando nos referimos à obrigação jurídica estamos tratando do monopólio da força estatal, cuja concepção de ordem política é imposta por meio do direito exercido através do convencimento ou pela força material. Entre o cidadão e o Estado há uma permanente relação de reciprocidade de interesses e de conflitos: se o Estado tem direito à obediência, também o cidadão tem o direito de ser governado sob normas e atos razoáveis. O Estado-legislador delibera e age em nome da representação política da sociedade civil, mas nem sempre tal decisão é assente socialmente, podendo provocar frustrações e conflitos de interesses nos diferentes grupos sociais. Esse conflito se opera, assim, em duas perspectivas políticas: a dominante se direciona no sentido de manter as disposições normativas, e a dominada, ao contrário, encaminha seus esforços para a mudança das mesmas ou da natureza do Estado. As revoluções e as demais transformações sociais que ocorreram ao longo da história são conseqüência desse enfrentamento de interesses de classes sociais.

O tipo clássico de fundamento da obrigação moderna assenta no contrato. Isso significa dizer que o governante deve ser legítimo, caso contrário os súditos não estão obrigados a obedecer; esse fundamento não cabe, portanto, em um Estado despótico. Sem dúvida, a questão da ordem e da segurança jurídica é extremamente complicada e não admite soluções simples, pois a simples posituação do direito não foi o suficiente para dar conta da problemática social e política.

2.1.2 Segurança jurídica

No Estado moderno é que se alcança o mais alto grau de segurança jurídica, tanto em relação à certeza de sentido quanto à execução, devido à soberania do Estado e à organização hierárquica interna de seus serviços.

Vejamos as diferentes concepções de Hobbes e Locke acerca do problema da segurança jurídica na construção do Estado moderno. Ao lado do problema clássico dos limites do poder adiciona-se o problema do governo das leis, isto é, regrado por normas e instituições permanentes. O soberano torna-se um poder político e, simultaneamente, um poder jurídico, para elaborar e aplicar o direito num território, com poder válido para todos e com força cogente⁽¹³¹⁾. Seria contraditório pensar, em Hobbes, que o próprio modelo criado para dirimir os conflitos possui o condão de exatamente obrigar os "obrigantes" e desobrigar os "desobrigantes", como quer Locke. Na medida em que nasce a garantia jurídica, fica em aberto a possibilidade de questionamento dos fundamentos do sistema, abrindo caminho para a resistência legítima. O modelo jusnaturalista lockiano

¹³¹ BOBBIO, N. *Estado, governo e sociedade: ob., cit.,* pg. 94.

produz mudanças culturais no que tange aos aspectos de considerar o Estado e os indivíduos numa relação de dois sujeitos distintos no contrato.

O Estado moderno traduziu sua soberania na monopolização de dizer o "direito". A racionalização do poder através do direito é a outra face da segurança jurídica. Aparece a noção de sistema jurídico positivo. O direito é a política vista através de seu processo de racionalização, assim como o poder é o direito visto em seu processo de realização. Mas como não pode existir poder sem direito, assim também não pode haver direito sem poder, na medida em que o direito é ordenamento que se realiza principalmente através da força.

A produção do direito sob a forma de lei é a principal garantia contra o despotismo, segundo Locke. Essas leis não são deduzidas por Hobbes de um instinto natural, nem de um consentimento universal, mas da razão que procura os meios de conservação do homem, que vai distinguir entre o justo e o injusto, entre o certo e o errado. Hobbes é contrário à *common law*, e não admite outro direito além daquele que decorre da vontade do soberano. O Estado é a fonte exclusiva de ditar as leis, que devem ser as próprias leis naturais munidas de poder coercitivo. Para Locke, o governo se funda no primado do poder legislativo, o supremo poder da sociedade política e com atribuições de declarar o direito.

A idéia lockiana do poder com limites é precisamente o fundamento político do Estado racionalizado. O direito moderno deve ser tratado como um sistema de limitação do poder, e não só como forma de justificação deste. Desenvolve-se a crença no direito como o melhor, senão o único, instrumento capaz de manter a harmonia entre os homens e como a melhor proteção contra o arbítrio. O conceito jurídico confunde-se com o conceito limite, pois o poder sem limite conduz a um

processo de negação das formas jurídicas. O suporte do político é sempre jurídico. A virtude do modelo positivista está na concepção, na fixação da lei como comando de limites que se impõem ao Estado e à sociedade. Trata-se de um limite passível de negociação e de contestação, como indutor de um processo político, de pacto societário auto-institucionalizado. O direito torna-se, então, um sistema de limites do poder e de adequação cultural da sociedade. O governante, então, tem poder no Estado, mas não possui o poder do Estado, definido constitucionalmente, isto é, o poder político juridicamente ordenado num complexo de relações sociais organizadas sistematicamente em unidade de poder. Política e direito se articulam de tal forma que muitas vezes se confundem, se antagonizam ou se harmonizam.

Hobbes não podia apresentar outra solução, porque foi positivista para alcançar um resultado – a segurança – e foi jusnaturalista pelo fundamento em que se apoiava o conjunto do seu sistema teórico. Se o soberano ordenasse uma lei contrária à lei natural ou à justiça, poderia encontrar um limite de resistência dos súditos, mas como os súditos estão obrigados a obedecer, acaba também o limite, pois o soberano é absoluto. A lógica hobbesiana mantém-se por uma sofisticação argumentativa sob os auspícios do soberano, pela qual onde não há limites não há abuso de poder, pois o problema do soberano não é o excesso e sim a escassez de poder, que pode induzir à resistência.

Desse modelo teórico, Hobbes lança de forma antecipada os fundamentos do positivismo jurídico, num conjunto de princípios, preceitos, regras, conceitos e

institutos⁽¹³²⁾ que impõem a todos, de forma geral e abstrata, o conteúdo da obrigação, qualquer que seja a ordem, desde que seja ordenada. O Estado legalista dispõe sobre a lei e a justiça, isto é, dita a norma e diz o que é justo ou injusto. "A concepção legalista da justiça é a ideologia do positivismo jurídico, isto é, daquela concepção jurídica que considera o direito positivo como critério auto-suficiente do justo e do injusto"⁽¹³³⁾.

O modelo hobbesiano se pauta pela noção de segurança, que somente será dada pelo direito positivo, formal, escrito e declarado pelo soberano. Nessa medida está reservada a segurança jurídica, do Estado e dos súditos. Mas, de outro lado, Hobbes pertence à tradição jusnaturalista e é também um precursor do positivismo jurídico⁽¹³⁴⁾; "é um jusnaturalista, ao partir, e um positivista ao chegar", ou, de outra forma, pertence *de fato* à história do direito natural e também, *de direito*, à história do positivismo jurídico⁽¹³⁵⁾. Como é possível que Hobbes pertença ao jusnaturalismo e ao positivismo, ao mesmo tempo, se essas filosofias

¹³² Hobbes lista uma série de institutos jurídicos fundamentais à sua teoria do direito positivo, como: a noção de regra jurídica, contrato ou pacto, constituição, leis da natureza, lei estatal, legislador, lei civil, decreto, revogação da lei, espécie de leis, leis fundamentais, leis não fundamentais, questão de direito, questão de fato, juiz ou árbitro, noção de justiça e injustiça, ação judicial, impetração, direitos essenciais, direitos do Estado, doutrina, interpretação da lei, ordem, obediência, obrigação jurídica, igualdade, equidade, liberdade, necessidade, sentença, jurisprudência, execução, crime e espécies (furto, roubo, homicídio, adultério), infração, pena ou castigo, prisão, agravantes, atenuantes, presunção de inocência, segurança jurídica, segurança pública, legitimidade, licito, injúria, dano, direito de representação, pessoa jurídica, testemunha, consentimento, *contra legem*, causa ou ação, garantias ou proteção, pessoa jurídica, direito natural, direito público e direito privado, isenção ou imunidade, administração da justiça, tribunal de justiça, competência, julgamento, suspeição, oficiais de justiça, advogado, litígios, partes, dívida e multa, propriedade privada, incerteza ou iliquidez e alienação.

¹³³ BOBBIO, N. *Thomas Hobbes*. ob., cit., pg. 103.

¹³⁴ Trata-se do fenômeno da positivação do direito, quando o Estado vai consolidando seu poder, fins do século XVIII e início do XIX, passando a prevalecer a prévia fixação das regras do jogo, pois "o Estado positiva as alternativas que lhe parecem importantes, ou seja, decide quais as relevantes entre as infinitas possibilidades", daí que, "uma vez estabelecidas estas regras, é de menor importância se a base é a Vontade Geral ou os desígnios do soberano". Esse processo no fim do séc. XIX vai ser conhecido como positivismo jurídico, que em sentido lato, não admitia outros direitos senão os previstos nos catálogos legislativos, em nome da segurança jurídica da sociedade.

¹³⁵ BOBBIO, N. *Thomas Hobbes*. ob., cit., pg. 101.

são antinômicas? O que coloca Hobbes "contra a tradição do jusnaturalismo é o modo como concebe a relação entre as leis naturais e as leis civis, a validade das leis naturais em comparação com a das leis civis"⁽¹³⁶⁾, pois ele sabe da impotência do direito natural para garantir a paz e a segurança.

Essas teorias políticas transformam a segurança e a liberdade de cada homem em nova categoria conceitual, agora sob a denominação de direitos, que passam a ser garantidos por uma entidade única, que monopolizará o uso da força: o Estado. O principal direito para Locke é o individual; todavia, isso está de acordo com o modelo jusnaturalista fincado numa perspectiva individualista de sociedade. O fato de a soberania residir na declaração das leis positivas e de estas desalojarem as paixões humanas através de sanções jurídicas possibilita a criação de normas gerais, impessoais e abstratas. Nesse sentido, o direito positivo é mais do que uma recuperação necessária, artificial e racional do direito natural. As leis positivas devem ser estáveis e únicas, isto é, iguais para todos; para Locke isso quer dizer que todos são partícipes do pacto.

O direito passa a ser atributo do Estado, pois o legalismo é um estatismo. Assim sendo, o "problema do direito torna-se um dos "aspectos" do Estado: a realidade estatal não seria apenas um problema político, mas também problema jurídico. A organização do poder, desdobrado como política e como direito, seria um desdobrar-se da ordem estatal"⁽¹³⁷⁾. Com essa alteração do modo de declarar o direito por órgão específico do Estado, o direito torna-se sistema jurídico. O direito natural é reaproveitado como fonte do direito, já que era um modelo

¹³⁶ BOBBIO, N. *Locke e o direito natural*. ob., cit., pg. 42.

¹³⁷ SALDANHA, Nelson. A ordem estatal e legalista. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. N° 96, 1987, pg. 19.

perfeito para as legislações positivas, pois, em tese, já havia um catálogo de direitos, mas em estado de incerteza. Surge, porém, uma questão: como compatibilizar o direito positivo com a teoria jusnaturalista para se ter um direito absoluto e universalmente válido ditado pela razão? A resposta foi a conversão em normas positivas das normas do direito natural com a promessa da certeza e da segurança jurídica.

Esse processo de racionalização do Estado foi a redução de toda forma de direito a direito estatal, com a conseqüente eliminação de todos os outros ordenamentos jurídicos inferiores ou superiores ao Estado. A face mais visível dessa nova sociedade política é o conceito de Estado racionalizado de direito, inicialmente ligado à necessidade de proteger o indivíduo do arbítrio estatal, de nítido conteúdo liberal. Em sua essência, o Estado de direito veiculava o princípio da legalidade, o princípio da tripartição dos poderes estatais e o reconhecimento dos direitos individuais, acompanhando a evolução do próprio direito constitucional. Reduz-se a apenas dois sujeitos de direito: os indivíduos, origem de direito natural (direito imperfeito), e o Estado, cujo direito é o direito positivo (direito perfeito).

O direito estatal é a manifestação exterior da racionalidade estatal, como mecanismo de solução dos conflitos sociais capaz de manter o convívio social com conflitos controláveis, como promessas do Estado moderno. Essa concepção de direito pretende reduzir o fenômeno social a uma forma jurídica (normas estatais). A certeza do direito, portanto, absorve uma conotação valorativa: confiança do direito, porque guia os comportamentos sociais. Assim, constrói-se a expectativa do comportamento individual ao se possibilitar certo cálculo de

probabilidades do agir social, o que significa prever as ações isoladas individuais. O Estado diz e guarda o direito, e opera com a presunção de que todos conhecem seus direitos, visto que foram positivados e publicizados pelo Estado. Resolvem-se com isso a natureza, o alcance e os limites dos direitos individuais, afastando o problema dos direitos naturais que eram por demais abstratos e não garantiam a necessária significação para a vida individual e coletiva.

O direito positivo provém do direito legislado pelo Estado que, numa primeira fase, nasce dos tratados do direito natural e do direito romano⁽¹³⁸⁾, e consolida-se com as grandes codificações, em especial pela napoleônica. O direito natural é sucedido pela experiência das regras de direito codificadas, que fornece normas (princípios e regras mutáveis) para a solução de problemas jurídicos. A estratégia da eliminação das outras fontes de direito visa assegurar a certeza do direito contra o arbítrio, em suma, o Estado de direito contra o despotismo⁽¹³⁹⁾. As leis naturais existem, mas não são obrigatórias porque são indeterminadas. Quem determina o que e quando é a vontade política do soberano, segundo Hobbes. O soberano determina o que é lícito e o que é ilícito,

¹³⁸ Na teoria jurídica o direito é criticado por vários autores. A respeito Tocqueville escreve uma severa crítica o direito romano incrustado sobre as instituições jurídicas francesas no final da Idade média. Vd. TOCQUEVILLE, A. *Antigo Regime e a Revolução*. Brasília: UNB, 1989, pgs. 197-198. "(...) Acredito que isto veio de fato de que na mesma época o poderio absoluto dos príncipes estabelecia-se de maneira sólida por toda parte sobre as ruínas das velhas liberdades da Europa e porque o direito romano, que era *um direito de servidão*, adaptava-se maravilhosamente aos seus intentos. O direito romano que aperfeiçoou por toda parte a sociedade civil, *tendeu por toda parte a degradar a sociedade política*, por ter sido principalmente a obra de um povo muito civilizado e muito avassalado. Portanto, os reis adotaram-no com entusiasmo, estabelecendo-o em toda a Europa, seus ministros e seus principais agentes. Os juristas consultos forneciam-lhes, quando necessário, o apoio do direito contra o próprio direito. Assim agiram muitas vezes desde então. Ao lado de um príncipe infringindo as leis, raramente deixou de aparecer um jurista consulto que vinha garantir que nada era mais legítimo e que comprovava com muita sabedoria que a violência era justa e que a culpa era do oprimido"(grifo nosso).

¹³⁹ BOBBIO, N; BOVERO, M. *Sociedade e Estado...*, ob., cit., pg. 93.

sem depender de nenhuma lei superior – não há matéria pré-constituída à lei positiva⁽¹⁴⁰⁾.

O direito positivo é fruto da razão moderna. Dessa mesma matriz elabora-se o positivismo jurídico, a noção de regulação jurídica e de crença na segurança. Mas o que foi a razão moderna? A racionalização foi marcada por uma exigência crescente de eficácia do “estado capitalista”, que necessitava de “certeza”, a qual somente advém do conhecimento científico. O Estado moderno é a versão racional jusnaturalista do Estado moderno. Essa construção racional⁽¹⁴¹⁾ avança com o processo de secularização da autoridade pública, com nítida separação de qualquer argumentação teológica do poder. As instituições religiosas se convertem em doutrinas filosóficas, ficando cada vez mais dependentes do Estado, e o Estado, cada vez mais independente da Igreja. A racionalização do Estado se converte na estatização da razão, e a teoria da razão de Estado se torna a outra face da teoria do Estado racional⁽¹⁴²⁾.

As codificações escritas reuniam as necessidades conceituais da nova ordem, em face das transformações sociais e políticas na revelação pública de exteriorização do direito e modelo inicial de todo o direito moderno⁽¹⁴³⁾. E

¹⁴⁰ BOBBIO, N. *Thomas Hobbes*. ob., cit., pg. 115. Essa visão de Hobbes poderia plenamente ser subscrita pelo mais rigoroso teórico contemporâneo do positivismo jurídico, Hans Kelsen.

¹⁴¹ A racionalidade significa duas perspectivas: a primeira, por ser o Estado criado como um ente da razão humana por excelência, para o homem realizar a suprema lei da razão, a conservação da vida. Se um Estado não racional é impotente e se é impotente não é mais um Estado, então o indivíduo por instinto busca refúgio no Estado racional – a sociedade política; a segunda, por ser uma justificação do poder parte do estudo da natureza humana, das paixões e dos interesses do indivíduo ou grupos.

¹⁴² BOBBIO, N./BOVERO, M. *Sociedade e Estado...*, ob., cit., pg. 91.

¹⁴³ BOBBIO, N. (et alii). *Dicionário de Política*. ob., cit., pg. 658. Destacamos as primeiras codificações modernas a Prussiana e a Francesa entre o fim do século XVIII e inícios do XIX, sem prejuízo de negar a notável obra histórica do direito, como os documentos: Lei das Doze Tábuas, *Corpus Juris Civilis*, *Magna Charta Libertatum*, *Bill of Rights* e as Declarações de Direito Americana e Francesa. Mas certamente, o código jurídico mais emblemático na era moderna foi o Código Civil Francês de 1804, o Código de Napoleão.

visavam, num primeiro momento, ao controle das pessoas, presidido pela vontade "neutral" do Estado, mediante regramento dos comportamentos que acontece de fora para dentro e de forma vertical pelo Estado. O objetivo da codificação do direito passou a significar a possibilidade da existência de um direito seguro contra o arbítrio estatal.

As formulações jurídicas embutidas em codificações criaram as condições para o surgimento do positivismo jurídico, mediante modificações estruturais no sistema jurídico de um direito natural para um direito legislado. O direito positivo buscava dar uma sistematização racional, tendo como fonte o modelo jusnaturalista. "Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este"⁽¹⁴⁴⁾. Triunfou o sistema único, que absorve para si toda solução jurídica, dispensando todas as demais fontes, princípios ou normas que se encontram fora do sistema jurídico positivo.

2.2 Liberdade e a questão constitucional

Um dos problemas difíceis da teoria política é conciliar as categorias – autoridade *versus* liberdade – nos modelos hobbesiano e lockiano. Os processos políticos do século XVIII provocaram uma mudança qualitativa e quantitativa no Estado, tanto que ainda permanecem as antinomias liberdade/poder e liberdade/igualdade. As questões do Estado, como poder e obediência, não

¹⁴⁴ FASSÒ, Guido. "Jusnaturalismo". In: BOBBIO, N. (et alii). *Dicionário de Política*. ob., cit., pg. 659.

tiveram um desfecho único, devido à própria natureza de sua abrangência no campo político.

O liame entre poder e liberdade depende da maturidade cultural e do momento histórico. Caso fosse escolhido como critério esse ou aquele autor ou escola, as respostas, em regra, seriam diferentes. Assiste razão ao bom senso em saber equilibrar a férrea obediência hobbesiana e também estabelecer quais os casos em que desaparece a obrigação da obediência. No pensamento liberal, a solução lockiana foi a mais relevante, colocando a obediência em termos relativos e não mais absolutos, ou seja, condicionada ao respeito pelo soberano dentro de limites ao seu poder supremo, tese essa que vingou no regime constitucional.

Assim se compreende como o direito de resistência pode ser considerado, no Estado constitucional, um instituto político-jurídico, sobretudo pelas características do processo de institucionalização que seguiu em caminho paralelo ao percorrido pelo Estado moderno. A sua principal justificativa está ligada à renúncia parcial dos direitos do indivíduo em favor do Estado, preconizada por Locke, tornando o indivíduo o "fiscal" permanente dos atos do poder público. A legitimação progressiva durante esse processo histórico torna-se uma idéia matriz de vigilância e aperfeiçoamento do Estado e da sociedade, que se desdobra em espécies constitucionais (greve política, objeção de consciência e desobediência civil), existentes e admitidas na ordem jurídica ocidental como institutos que regem os interesses individuais e coletivos.

2.2.1 *Questão constitucional*

O constitucionalismo foi o momento alto da racionalização e da limitação do Estado, que teve como protótipo as Constituições americana e francesa. Essas questões marcam a discussão da organização do Estado e também o início do fenômeno constitucional⁽¹⁴⁵⁾.

Uma das características do fenômeno constitucional foi a de estabelecer os direitos individuais nas Constituições, uma vez que estes só constavam nas "Declarações", que nada mais eram do que "documentos morais". A declaração dos direitos colocou diversos problemas que são, a um só tempo, políticos e conceituais. Antes de tudo, a relação entre a declaração e a Constituição, entre a enunciação de grandes princípios de direito natural e a organização do poder por meio do direito positivo impõe aos Estados comandos de ordens e proibições.

Assim, esses direitos ficam como mero princípio para se tornarem direitos juridicamente exigíveis ou são princípios ideológicos que servem para subverter o ordenamento constitucional.

Desde o início do fenômeno constitucional, a Constituição sofreu importantes modificações no que diz respeito ao seu significado, à sua estrutura e ao seu conteúdo: essas alterações condicionam o entendimento a respeito de qual "fato" está sujeito à positivação⁽¹⁴⁶⁾.

¹⁴⁵ O constitucionalismo clássico se relaciona com o desfecho das revoluções do séc. XVIII, no qual se enquadram, a Constituição Americana, de 1787 e a Declaração de 1789, na França. O ciclo constitucional de natureza social-democrática - surge no pós-guerra - e contém as Constituições Francesas, de 1946, Italiana, de 1947 e a Alemã, de 1949. Esse ciclo é muito importante pela ênfase nos direitos sociais e econômicos, que se estende para outras constituições, como: a Portuguesa, de 1976, a Espanhola, de 1978, a Brasileira, de 1988, e a Argentina, de 1994.

¹⁴⁶ CERQUEIRA, Marcelo. *A constituição na história: origem e reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 1993, pg. 19.

A resistência torna-se, então, um direito de defesa da sociedade. Estando a resistência em um ou outro pólo, conclui-se forçosamente que o direito de resistência está integrado ao sistema jurídico e não se encontra mais alheio ao Estado. A experiência constitucional demonstra que as sanções técnicas de natureza jurídico-política do Estado são insuficientes para elidir todas as situações políticas. Desse modo, a idéia da resistência acompanha o processo de constitucionalização; além de ser positivada nos Estados Nacionais, ganha consistência na medida em que imbrica num conjunto de novas formas institucionais.

Assim, em que pesem as dificuldades práticas de efetivação dos direitos consignados, as declarações de direitos exercem extraordinária influência na elaboração das diversas declarações constitucionais de direitos e garantias do homem. Quanto ao constitucionalismo norte-americano, a resistência lockiana exerce uma força legitimadora e revolucionária como axioma de que o direito natural dos homens à liberdade implica, por decorrência, direito de resistência dos povos contra a opressão, pois antes do Congresso da Filadélfia,

"John Adams opina a todo momento sobre a necessidade de se insistir no princípio do jusnaturalismo para justificar o direito dos americanos ao autogoverno e formular as Declarações de direitos. (...) Invocava o direito natural para reivindicar a liberdade americana"⁽¹⁴⁷⁾.

¹⁴⁷ BUTTÀ, Giuseppe. *John Adams e gli inizi del costituzionalismo americano*. Milão: Giuffrè, 1988, pg. 92. É importante salientar que no primeiro ano da era constitucional norte americana somente seis de treze Estados-Membros haviam ratificado formalmente o jusnaturalismo constitucional. No texto constitucional promulgado não havia um "catálogo de direitos fundamentais", que só virá em 1791, com as primeiras dez emendas constitucionais, conhecidas como *Bill of Rights*. O primeiro estado que aprovou a Declaração de Direitos foi *New Hampshire*, em janeiro de 1776. Mas o primeiro texto que se apresentou como Constituição foi o de *Virginia*, em junho de 1776, precedido por uma completa Declaração de Direitos, que se coloca como paradigma do jusnaturalismo constitucional.

O direito de resistência se modifica à medida que a independência se consolida, pois não mais se dirige apenas contra a Inglaterra, mas contra os novos centros internos de poder (questões federativas).

Quanto à questão das Declarações e Constituições, houve um choque de idéias nos fins do século XVIII, opondo, de um lado, o jusnaturalismo e, de outro, o utilitarismo e o historicismo, estes últimos hostis à temática dos direitos do homem. Era possível o conflito entre os abstratos direitos e os concretos direitos do cidadão e, portanto, um contraste sobre o valor das duas cartas. Assim, embora inicialmente tanto na América quanto na França a declaração estivesse contida em documento separado, a Constituição dos Estados Unidos alterou essa tendência, na medida em que hoje os direitos dos cidadãos estão enumerados no texto constitucional⁽¹⁴⁸⁾.

A partir das revoluções, das Constituições decorrentes, das Declarações de Independência dos EUA e dos Direitos do Homem e do Cidadão, consagram-se os princípios liberais políticos e econômicos. Para cada país, ou período, há uma justificativa específica articulada com as matrizes teóricas gerais da resistência. Os aspectos determinantes dos ciclos constitucionais se relacionam com as condições político-históricas dominantes; assim, o direito de resistência deve ser analisado conforme o estágio do direito constitucional (clássico e moderno) que o acolhe no sistema jurídico e lhe empresta o perfil de direito político da estruturação de uma sociedade conflitiva.

A idéia de revolução política pela força tem sido a tônica da sociedade burguesa dos últimos três séculos. O caso emblemático foi a Revolução

Francesa⁽¹⁴⁹⁾, inaugurando uma ordem social fundada nos princípios da escola de direito natural. A partir desses “fatos políticos” surgem com ênfase as idéias do direito à revolução⁽¹⁵⁰⁾ e também a teoria da representação⁽¹⁵¹⁾ – uma como fonte negadora e a outra como afirmadora da ordem política - para reunir a soberania e a diversidade de interesses sociais e individuais

A revolução liberal faz escola e ensina a outras posições políticas o “mistério” da força do povo, o poder e a autoridade que estão latentes junto à sociedade. Retoma-se, nesse período, com muita força, o apelo ao direito de resistência contra atos políticos da monarquia absoluta. A luta revolucionária, que empurrou o povo contra o regime absoluto, não escondia os interesses corporativos da burguesia ascendente, que precisava do poder para dar passagem ao seu projeto político e não possuía maior comprometimento para com o povo. A idéia da revolução, aceita inicialmente pelos teóricos liberais, vai ser desprezada gradualmente logo após a tomada do poder. Os liberais, como mais tarde os socialistas, protagonizaram outras grandes revoluções.

¹⁴⁸ MATEUCCI, N. “Direitos humanos”. In: BOBBIO, N. (et ali). *Dicionário de Política*. ob., cit., pg. 354.

¹⁴⁹ Na França absolutista, a partir do Reinado de Luiz XIV, uma nova elite é formada por uma nobreza antiabsolutista e uma burguesia ascendente. Elas tinham em comum o fato de serem excluídas do poder político. Essa nova elite, ao considerar injusta a ordem que a excluía, cria formas de organização como resposta específica a essa situação, mediante a radicalização do processo revolucionário, que acontece em 1789. A Revolução Francesa, antes fundada na diferença de privilégios de castas, foi substituída gradativamente por uma nova ordem, fundada na diferença de riquezas econômicas.

¹⁵⁰ A previsão constitucional do direito à revolução está ligada a reivindicação de setores mais “radicais” em tencionar permanentemente a estrutura do Estado, no plano teórico como o prático, como questionamento da efetividade do direito público moderno.

¹⁵¹ Na França, no início do processo revolucionário surge a noção de Nação, antes da representação política, por meio de Sieyès (1748-1836), como membro da Assembléia Constituinte e pela obra “*O que é o Terceiro Estado?*”. Defende a soberania da Nação, por ser anterior a qualquer ato político ou legislativo, pois o Estado emana da Nação e a representa.

O pacto constitucional, além de instaurar a nova ordem política e jurídica, objetiva a eliminação preventiva dos conflitos sociais⁽¹⁵²⁾, principalmente das "minorias" que pretendem a ocupação de mais espaço público e mais direito. A concepção inicial da constituição teve como objetivo determinar a essência do que é propriamente matéria constitucional, reduzida aos direitos e obrigações dos indivíduos e às demais questões relacionadas com a problemática da organização do Estado. As garantias contra os abusos do poder ocorrem através de dois institutos típicos: o da separação dos poderes e o da subordinação de todo poder estatal ao direito⁽¹⁵³⁾.

As Constituições assumiram a função de fixação da vontade política dos entes públicos e privados, mediante previsão de partilha de poder e de acomodação de interesses sociais. Estabeleceram ainda os procedimentos de controle do próprio sistema político, visando ao equilíbrio entre as diferentes forças políticas que disputam o poder dentro do Estado. É a Constituição política que racionaliza o Estado, com distribuição de competências e atribuições da hierarquia do poder, distribuído numa tensa relação entre Estado e cidadão ou poder e liberdade. Para Jellinek a constituição abraça os princípios jurídicos, os órgãos supremos do Estado, os modos de sua criação e fixa o círculo de ação do poder do Estado⁽¹⁵⁴⁾.

¹⁵² Vd. MIRANDA ROSA, F.A (org.). *Direito e conflito social*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

¹⁵³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pg. 148.

¹⁵⁴ JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. ob., cit., pg. 34.

2.2.2 Direito e liberdade

Os direitos são um produto histórico, nascido de lutas pela preservação da liberdade natural e pela implementação da igualdade. O processo lento de sedimentação das distintas gerações de direitos faz a passagem das liberdades negativas (crença religiosa, liberdade de expressão) para as liberdades positivas (direitos políticos e sociais) que requerem a participação do Estado. Há controvérsias sobre a evolução dos direitos do homem, já que nem todos os países tiveram processos de reconhecimento de direitos semelhantes. Ao desenvolvimento doutrinário das gerações⁽¹⁵⁵⁾ de direitos do homem se alinham as próprias promessas modernas – liberdade, igualdade e fraternidade. Como percebe Bobbio, os direitos não nascem todos de uma vez, mas paulatina e historicamente: os direitos civis surgem da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; os direitos políticos e sociais, dos movimentos populares⁽¹⁵⁶⁾.

É verdade que não é concebível um Estado sem o dever jurídico da obediência por parte dos indivíduos, mas quando opera fora ou contra o direito, cessa a autorização da autoridade pública. Em tal caso, se o cidadão resiste não fará outra coisa senão se opor à violência comum em defesa dos seus direitos; e não se oporá a um direito do Estado, mas a uma injusta pretensão de seus órgãos. Entretanto, se os direitos e deveres não são repartidos igualmente entre

¹⁵⁵ Independentemente, das variações doutrinárias das gerações de direito é importante salientar de plano as grandes vitórias contra o absolutismo, a tirania, a opressão, a intolerância e a escravidão. Das três gerações de direitos, a primeira decorre do princípio da liberdade política, por representar uma conquista dos indivíduos contra o despotismo, permitindo a criação das modernas democracias. A segunda constitui-se dos direitos decorrentes do princípio da igualdade material, que são os direitos sociais e econômicos que foram alcançados pela luta coletiva. A terceira geração constitui-se de direitos decorrentes do princípio da fraternidade, que se caracterizam pelo direito à qualidade de vida, à tutela dos interesses difusos etc.

Estado e indivíduos é impedida a sua profícua cooperação entre ambos. É, de fato, evidente que os direitos de Estado e a liberdade individual ou coletiva estão em relação inversa, porém em relação direta com o sistema constitucional e com a consciência político-jurídica de cada parte.

Até o período moderno, a questão do Estado era vista como um problema essencialmente do governante, e o governado era tratado como sujeito passivo. A sociedade moderna, ao contrário da antiga sociedade, conhece, para além da distinção entre o público e privado, a dimensão política do indivíduo. Há um deslocamento de poder para a sociedade, principalmente para o indivíduo. Logo que o Estado se tornou monopolista na esfera política, os estamentos sociais deixaram de ser interlocutores diretos e os indivíduos passaram a ocupar esse lugar. Ao mesmo tempo em que se discute o espaço de ação do homem particular fora das relações do Estado, também se desenvolve a idéia de que o Estado não se submete a nenhuma autoridade que não seja o próprio homem, isto é, ele um Estado não-teológico.

O fortalecimento da prerrogativa humana da liberdade de pensamento, liberando-o dos dogmas religiosos e políticos, produz alternativas livres do controle do Estado. A intolerância e as guerras de religião cumpriram papel decisivo na formulação inicial dos direitos individuais ao assegurar a liberdade de credo. Há, nesse processo, muitas mudanças. Se de um lado exigiam-se direitos de liberdade religiosa, de outro o Estado passa a ser visto de forma estritamente racional, principalmente em relação aos pressupostos de limites dos governantes.

¹⁵⁶ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. ob., cit., pg. 3-6.

O Renascimento⁽¹⁵⁷⁾ e a Reforma⁽¹⁵⁸⁾ introduzem o movimento de dessacralização e de profunda mudança na imagem do próprio homem, colocando-o no centro do universo, subtraindo esse papel de Deus, tornando-o nada mais do que uma hipótese especulativa e não mais explicativa. O poder divino declina e o poder terreno ascende. Pela primeira vez na história do pensamento ocidental, os problemas da legitimidade do poder e o direito vão ser abordados como algo deduzível pela razão humana, mediante consentimento social e leis positivas.

A partir das lutas antiabsolutistas, no século XVIII, e da expansão em seguida dos movimentos constitucionalistas, foi consolidada, no processo histórico, a primeira geração de direitos do homem: os políticos e civis. O Estado, como construção moderna, separa os assuntos políticos dos assuntos privados. O limite entre o domínio público e o direito individual implica uma oposição entre Estado e sociedade, que se especifica na relação indivíduo/Estado, espaço público/privado e indivíduo/vontade geral.

¹⁵⁷ O Renascimento traz para a história a dimensão laica do problema da liberdade política, que no contexto italiano se refere exclusivamente a limitação temporal do poder. A filosofia política destaca o antropocentrismo da liberdade humana, tanto que a resistência é considerada como uma manifestação concreta dessa liberdade. O humanismo italiano foi exposto por Maquiavel entre República (liberdade) e Monarquia (tirania), modelos que desempenham um papel definidor na teoria política moderna. A Constituição de Florença, de 1508, já estabelece o direito de resistência como direito positivo (Cadoni, G. *Leggi costituzionali della Repubblica fiorentina dal 1494 a 1512*. In: *Storia e politica*. Roma: Vecchia dic. 1980).

¹⁵⁸ A Reforma de Martin Lutero (1483-1546) contribui sobremaneira para a resistência, especificamente quanto à objeção de consciência religiosa. A liberdade religiosa processa a individualização no terreno da fé, limitando, de uma parte, o poder político e, de outra o poder religioso. A objeção de consciência, em Lutero, encontra sua manifestação na concepção monista que defendia o poder moralizador como o único perante a consciência humana. Em 1570, com a publicação dos tratados de Jean Calvino (1509-1564), a teoria política protestante passou por uma decisiva divisão conceitual que funcionou como um rolo compressor, ao destruir a crença da unidade da fé cristã, dos dogmas e, principalmente, das autoridades religiosas. O mundo cristão europeu cinde-se de alto a baixo e, com isso, modifica-se a relação entre religião e política. Como resultado cultural da Reforma aparecem o conceito e a defesa da idéia de comunidade, do *direito de resistência, isto é, da desobediência civil face ao papado*, aos reis e aos imperadores católicos.

A resistência anda *pari passu* com os direitos individuais. O surgimento dos direitos individuais gera uma inversão de prioridade dos deveres do súdito para com o soberano. Apesar de divergências e mudanças sucessivas de concepções, o jusnaturalismo deu origem à idéia dos "direitos individuais" mediante a noção de direitos inalienáveis e de contrato social.

Locke desenvolve a perspectiva de direito de forma paralela à de Hobbes. O modelo bipolar - autoridade e súdito - reduz a teoria política a seus referentes jurídicos, que conduzem para a construção da moderna teoria dos direitos individuais constitucionais a partir do direito à vida, mais tarde retomado na teoria lockiana⁽¹⁵⁹⁾. O Estado, ao reconhecer os direitos individuais, indiretamente os reconhece como limitadores do próprio poder que lhes deu "existência". O modelo hobbesiano, ao conceber a sociedade política para a defesa da vida, também reforça a noção de direitos individuais. A verdadeira liberdade do súdito, embora ordenada pelo soberano⁽¹⁶⁰⁾ é o oposto da obrigação, pois essa priva a liberdade. Desta forma, liberdade e obrigação, ou *jus* e *lex* são disjuntivas que operam sentidos semânticos diferentes.

Para o caso de total liberdade dos súditos no Estado não foi feita lei alguma, há um silêncio das leis⁽¹⁶¹⁾, o que significa a ausência de tudo que impede a ação humana. Desse modo, liberdade é fazer tudo o que não está

¹⁵⁹ A tese do direito individual formulada por Locke também já tinha sido esboçada por Grócio nos prolegómenos aos três livros do *Traité guerre et de la paix*, de 1625, e desenvolvida pelo seu discípulo Pufendorf da "Escola do direito natural".

¹⁶⁰ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 132.

¹⁶¹ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 134.

proibido. Nesse processo histórico de desenvolvimento dos direitos, uma etapa é decisiva: no Estado absoluto, os indivíduos possuem direitos privados em relação ao soberano, ao passo que no Estado de direito o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos⁽¹⁶²⁾.

A positivação de direitos, ao mesmo tempo em que negou a concepção jusnaturalista, segundo a qual os direitos humanos seriam inatos e que bastava à sociedade reconhecê-los, combinou esses direitos naturais com um sistema formal de elaboração legislativa, com institutos jurídicos e significações conceituais para garantir adequação sólida da *lex naturalis*. O direito positivo surge da combinação de uma concepção individualista (privada) e de uma idéia de Estado (pública). O eixo principal do conceito moderno dos direitos positivos é fornecido pelos pólos indivíduo *versus* Estado, mediante incorporação de novos direitos, como a liberdade de crença, a liberdade de expressão, a igualdade formal, o direito de representação e as garantias jurídicas.

O rol de direitos previstos nos ordenamentos jurídicos não é exaustivo, apenas elucidativo do estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana que, desde o final do século XIX, denominam-se direitos fundamentais. Os direitos fundamentais se relacionam com o Estado numa forma negativa ou positiva, isto é, se há ou não a presença do Estado no reconhecimento dos direitos e liberdades. O que seguramente pode ser dito é que o direito de resistência inscreve-se no catálogo dos direitos

¹⁶² BOBBIO, N. *A era dos direitos*. ob., cit., pg. 61.

fundamentais enquanto ponto de referência sistêmico, isto é, concebido para ser exercido no interesse público.

Na doutrina, os direitos humanos se associam à condição da pessoa humana, enquanto os direitos fundamentais se associam ao reconhecimento político-jurídico por parte do Estado. Entende-se por direitos humanos o conjunto de prescrições e princípios de valores que assegurem a vida e a dignidade da pessoa humana, consubstanciados nas Declarações de Direitos nas Constituições. A concepção de direitos do homem induziu leis gerais, abstratas e impessoais, que limitavam o poder do próprio soberano que os criou. Bobbio aduz, porém, a essa caracterização três outros elementos: 1º - a conversão das declarações de princípio em direito positivo; 2º - sua generalização; 3º - a internacionalização⁽¹⁶³⁾. Acompanha esses processos a especificação progressiva de direitos, principalmente nas Constituições dos Estados. Todavia, a proclamação está longe de esgotar as possibilidades de surgimento de novos direitos, já que a sociedade modifica-se permanentemente. Infere-se, pois, não serem estáticos os direitos do homem diante de suas contingências históricas que, em regra, são os direitos de igualdade, de liberdade e de consciência.

Os direitos fundamentais foram, inicialmente, concebidos como direitos de liberdade e de participação, como os direitos políticos. Nasceram para reduzir a ação ou ser oponíveis ao Estado. A positivação de tais preceitos demonstra o cuidado de não apenas os proclamarem, mas ampará-los juridicamente. "Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se

¹⁶³ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. ob., cit., pgs. 50-68.

como direitos positivos particulares, para, finalmente, encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”⁽¹⁶⁴⁾.

Assim, o Estado moderno, baseado em regras universais válidas para todos, rompe com a relação de subordinação do indivíduo ao Estado ao introduzir a noção de direitos individuais. O teor individualista das liberdades exprimia inicialmente uma certa desconfiança do Estado em relação às reais intenções dessas “prerrogativas” particulares. Temia-se que cada indivíduo fizesse de si uma “microrrazão”, movida pela autonomia da vontade particular, em detrimento da ordem comum e contra todas as formas do poder estatal. Mais tarde, surge nova desconfiança, dessa vez contra os grupos sociais que, agregados em movimentos sólidos, demandavam questões mais complexas do que as individuais. Depois se viu que apesar de o direito individual e o coletivo serem contraditórios, eles podem ser harmonizados dentro do contexto estatal ao se tornarem elementos legitimadores do próprio Estado.

Alguns direitos fundamentais são designados como direitos de defesa⁽¹⁶⁵⁾. O *status libertatis* é a modalidade que abriga a resistência, pois é exatamente aí que se encontra o espaço de manobra das liberdades jurídicas que o indivíduo possui em face do Estado, que a doutrina comumente designa como “direitos de defesa” do indivíduo ante o Estado. Trata-se da demanda pela omissão estatal em áreas estritamente privadas do cidadão. A resistência, então, surge como

¹⁶⁴ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. ob., cit., pg. 30.

¹⁶⁵ ALEXY, Roberto. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pg. 247-261. Jellinek tem sido considerado o pioneiro nas classificações de direitos fundamentais, também analisadas por Alexy: *status subiectionis*, *status libertatis*, *status civitatis* e *status activae civitatis*.

direito de defesa baseado em normas de competência negativa (*status negativo*), ao exigir a omissão do poder público quanto a qualquer censura às liberdades humanas. Esses limites impostos operam uma radical transformação na relação entre Estado e cidadãos. A resistência não passa a ser legítima porque esteja a liberdade ameaçada, mas unicamente porque a ordem que o poder pretende impor representa uma ordem falsa e divorciada da idéia de direito.

As prescrições políticas modernas trouxeram para a ordem jurídica as liberdades públicas, com máxima ressonância no Ocidente ante a constitucionalização dos direitos fundamentais por força moral, muitas vezes, das “Declarações de Direitos”. O núcleo conceitual que liga o Estado moderno à defesa das liberdades individuais, oriundas das declarações de direitos e nas Constituições dos Estados, tornou-se uma relação mais complexa devido a sua juridicização, explícita nos ordenamentos jurídicos. Os direitos individuais passam a ser encarados não mais como valores absolutos, no momento em que se lhes reconhece uma função social. A liberdade passa a ser um limite do Estado, e isso está ligado à gênese do Estado moderno, que

“passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão”⁽¹⁶⁶⁾.

A preocupação era resguardar a liberdade do cidadão perante o poder estatal absoluto, ao mesmo tempo em que o fazia partícipe do poder político. A liberdade individual e a ordem pública tornam-se parte dessa relação fundamental e antinômica na organização do espaço público, que se registra no pacto político-constitucional. A resistência está ligada, na sua gênese moderna, à consciência

individual, que nada mais era do que a consciência religiosa, a liberdade de crença. Do “estágio de consciência” amarrado ao foro do indivíduo desenvolve-se, com o tempo, para a seara pública e aloja-se no direito positivo estatal. Desse conflito particular com a ordem política inicia-se a “resistência moderna”, que conhecemos na versão de objeção de consciência religiosa. A tomada de “consciência individual” proporciona historicamente a superação da antiga estrutura social. Agora o homem moderno, por ter consciência de si, torna-se um “agente da história”.

A liberdade restringida é que garante a própria liberdade. Ao limitar a liberdade com referência ao interesse comum da segurança jurídica, o Estado age baseado num princípio que seria escolhido na posição original, pois nessa posição cada um reconhece que o distúrbio dessas condições é um perigo para a liberdade de todos. Liberdade negativa significa dizer estar livre da interferência de outrem ou do Estado. A liberdade que o “*status negativo*” garante não está relacionada com determinadas condições de vida, mas é uma liberdade geral e abstrata. Hesse afirma que “tampouco o *status* jurídico constitucional garantido pelos direitos fundamentais deixa-se compreender como mero reconhecimento de *status* de liberdade e igualdade ‘natural’ pré-estatal e pré-jurídico e, por isso, independentemente do Estado e do direito positivo”⁽¹⁶⁷⁾.

A simples separação entre cidadãos passivos e ativos implica a exclusão daqueles da política, mas não do gozo dos direitos civis. Uma diferença essencial em relação aos direitos civis e mesmo, em grande medida, em relação aos

¹⁶⁶ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. ob., cit., pg. 08.

¹⁶⁷ HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernesto. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1996, pg. 23.

direitos políticos refere-se ao fato de quem, em vez de ser demandada a limitação do poder do Estado, são exigidas sua aplicação e intervenção ativa sobre a vida social⁽¹⁶⁸⁾. Disso se segue que a manutenção da autoridade estatal é a condição necessária para todos alcançarem a liberdade. Nos limites desse conceito de autoridade, está implícito que a liberdade será justa exatamente porque faz limitações a todos, pois esse requisito expressa o exato lugar que necessitam as liberdades de expressão e pensamento.

Os direitos à liberdade de opinião e expressão são direitos da essência humana, isto é, sustentam a singularidade do ser humano em falar, emitir idéias, pensar, ordenar o mundo. É pela fala que surgem a inteligência, a consciência e a sociabilidade humana. Então, ao direito à vida agrega-se o direito de fala e de comunicação⁽¹⁶⁹⁾.

Há uma singular mudança do individual para o social, ou do espaço da liberdade para a igualdade. A equalização da liberdade para a igualdade foi e ainda persiste como o grande desafio da modernidade. Esses direitos possuem o significado filosófico-jurídico da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e indivíduos: passou-se da prioridade dos direitos individuais à prioridade dos direitos sociais.

As liberdades religiosas e políticas possibilitaram, historicamente, o desenvolvimento dos direitos coletivos pela "superação" das demandas particulares. Surge o reconhecimento dos direitos sociais. Os direitos

¹⁶⁸ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. ob., cit., pg. 72.

¹⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. trad. F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pgs. 111-112-164. O autor coloca no agir comunicativo a nova centralidade do pensamento e a nova realidade social, pois é pela ação comunicativa que os seres humanos engendram a sociedade, constroem seus consensos e mantêm os mecanismos de poder.

fundamentais tornam-se cada vez mais universalistas e, aos poucos, incorporam-se aos tratados internacionais. A representação política, a liberdade individual e a participação coletiva têm sido a tônica das reivindicações democráticas que ampliaram a questão da cidadania, fazendo-a passar do plano político-institucional ao da sociedade como um todo.

A constitucionalização dos direitos fundamentais significa a enunciação formal e material dos direitos "mínimos" do homem e consagra a necessidade de insculpir, em documento solene, um rol mínimo de direitos e garantias com a finalidade de assegurar a dignidade humana e evitar o arbítrio do poder estatal. A dignidade da pessoa humana é um valor supremo, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais⁽¹⁷⁰⁾. A Constituição brasileira deve ser interpretada como uma unidade e um sistema que privilegia os valores da pessoa humana como valores centrais, como unidade de sentido do projeto constitucional. Nessa construção teórica, fica claro que o constituinte fez vazar no texto constitucional os valores éticos e políticos da pessoa humana, como meta político-jurídica para a sociedade.

Desse conjunto de valores sociais surge a noção moderna de cidadão, como resultado do processo histórico-político – que participa da coisa pública e possui direitos e deveres. O fato social torna-se fato jurídico constitucional. Lafer vê no conceito de cidadania o “direito a ter direitos”, uma vez que a igualdade não é um dado, mas uma consciência coletiva construída que requer, por isso, espaço

¹⁷⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pg. 93

público⁽¹⁷¹⁾. Sublinha também a importância do direito de associação na geração do poder, inclusive como resistência à opressão, que pode resgatar a obrigação político-jurídica de destrutividade da violência, seja ela exercida *ex parte principis* ou *ex parte populi*. Acrescenta Lafer, em outra publicação, que os direitos humanos representam, no plano jurídico, uma inversão da figura do tratado originário dos deveres, ou seja, significam uma passagem do dever do súdito para o direito do cidadão. São as Declarações de Direitos que criam o direito do indivíduo a ter direitos, pois, até então, a tradição jurídica operava mais com a noção de deveres, como nos Mandamentos bíblicos⁽¹⁷²⁾.

Os Direitos Humanos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, desenvolveram-se em dois sentidos: a universalização e a multiplicação. Esse processo ocorre por meio de maior especificação tanto dos titulares de direitos (sexo, idade, raça, condições físicas) quanto através do aumento da quantidade de bens tutelados, com número cada vez maior de direitos conquistados, sejam sociais, políticos ou econômicos; e com a extensão da titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem na sua singularidade, como a extensão de garantias à família e às minorias étnicas⁽¹⁷³⁾.

Por sua vez, Marshall traz três elementos embutidos no conceito de cidadania social: civil, político e social. O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual, como a liberdade de ir e vir, a liberdade de

¹⁷¹ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, pg. 308. Nota 34.

¹⁷² LAFER, Celso. *A soberania e os direitos humanos*. *Lua Nova*, n.º. 35. São Paulo: 1995, pg. 140.

¹⁷³ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. ob., cit., pgs .67-69.

expressão, de pensamento, de crença, o direito à propriedade, o direito de contratar e o direito à justiça. Por elemento político se deve entender o direito de participar do exercício do Estado como um membro do parlamento, como autoridade política ou como eleitor. O elemento social está relacionado a tudo o que diz respeito ao direito ao bem-estar socioeconômico, de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade⁽¹⁷⁴⁾. Desde o início, a combinação de liberdade, participação política e bem-estar social se identificava com o direito de cidadania.

A cidadania, como princípio jurídico, está adstrita apenas ao titular de direito político, ou seja, o Estado reconhece determinadas pessoas integradas na sociedade estatal – os quadros eleitorais. Significa dizer que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular.

O conceito de cidadania, em que ora operamos, tem natureza pluralista e incorpora as novas gerações de direitos, como os socioeconômicos e outros que também fazem reivindicações contra o Estado⁽¹⁷⁵⁾. Da mesma forma, o direito de resistência recupera os aspectos civis e políticos da cidadania. Em consonância com os direitos civis, possibilita a transformação do estado de natureza em sociedade política, mediante a noção jurídica de contrato. Os direitos que provêm do processo histórico da modernidade, como tolerância, igualdade, liberdade, fraternidade e pluralismo, são promessas modernas que ainda não se completaram.

¹⁷⁴ MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, pgs. 63-64.

¹⁷⁵ WALZER, M. *Das Obrigações Políticas...* ob., cit., pg. 195. O autor desdobra os cidadãos pluralistas em dois tipos: a) os que pertencem a grupos que fazem realmente reivindicações contra o Estado e então poderão desobedecer às leis do Estado; b) ou então, os que pertencem a grupos e que não fazem essas reivindicações. Nesse caso, esses cidadãos são obrigados a obedecer às leis que ajudaram a fazer.

O exercício dos direitos de cidadania depende da luta permanente contra os abusos do poder. Trata-se, assim, de uma luta política, pois a simples declaração de direitos não os torna efetivos. Dessa forma, podemos dizer que o direito de resistência contribuiu para a origem dos direitos de cidadania. Há uma simbiose de valores e de atos. Se o direito de resistência vincula-se a um exercício de cidadania, há, de certo modo, uma ampliação do conceito de cidadania que transcende a visão liberal de direitos, como a liberdade, a propriedade e a segurança.

A resistência então surge como direito de defesa baseado em normas de competência negativa, ao exigir a omissão do poder público quanto a qualquer censura à liberdade humana (liberdade entendida como meio de prossecução e segurança do processo democrático, o que torna o direito funcional). É preciso não apenas difundir a carta de direitos como também libertar a consciência dos homens, para que tais direitos possam ser garantidos.

O que está em causa são os moldes de direitos fundamentais que o Estado liberal erigiu e legou para que a sociedade pudesse encontrar, sem dificuldades, meios para a efetividade de direitos. Os direitos fundamentais podem se apresentar contraditoriamente, enquanto elementos referentes aos Estados, operando na conservação dos regimes estabelecidos ou como capacidade criadora e transformadora no campo social e político.

2.3 A institucionalização da resistência

A partir da modernidade, a resistência coloca-se em duas perspectivas: uma, a do indivíduo (sociedade), e outra, do Estado, que acompanha a lógica

moderna da separação e também da desigualdade entre Estado e indivíduos, em campos de força antagônicos. De um lado, observa-se como o Estado reconhece e administra o direito de resistência e, de outro, como o indivíduo concebe e demanda ao Estado; forma-se, assim, a necessária dialética de demandas e respostas.

O problema da resistência encontra-se institucionalizado na ordem constitucional que, em termos políticos, pode equiparar-se a uma "medição de forças" entre a sociedade e o Estado. Contudo, questões clássicas permanecem sem uma "cabal" resposta: de um lado, como se origina, como se exerce e quais os limites do poder e, de outro lado, por que e até onde é possível a submissão? Essas questões mais que conceituais pretendiam dar conta do problema da organização do Estado.

As vias de institucionalização da resistência são paralelas às seguidas na formação do Estado moderno – uma organização político-jurídica. A resistência se transforma de fato social em previsibilidade jurídica, nas Declarações de Direito e nas Constituições, em dois momentos marcantes: o primeiro, no século XVIII, que agrupamos como resistência moderna, teve ênfase no modelo jusnaturalista na luta contra o absolutismo na França e passa pela Declaração de 1789 e pela Constituição de 1793, como também pela Guerra de Independência e pela Constituição dos Estados Unidos; o segundo, já no século XX, que agrupamos como resistência contemporânea, teve por base o modelo ligado, inicialmente, aos movimentos de resistência, por ocasião da Segunda Guerra Mundial.

2.3.1 Resistência moderna

A resistência somente é dotada de significado real na era moderna, quando houve clara definição das perspectivas paralelas dos direitos do homem e do Estado. Essas perspectivas são reveladas por regras constitucionais, e a resistência passa a exercer um papel explícito no interior da ordem constitucional. Isso significa que se de um lado o Estado não pode mais ser absoluto, de outro a sociedade também tem direitos e obrigações com o Estado e consigo mesma. Antes da era moderna, não estavam criadas as condições de interação entre liberdade individual e poder político. Aduz-se que, durante esse período histórico (pré-moderno), a resistência tenha sido exercitada de forma impotente, logrando potência e legitimação a partir do momento em que os direitos da sociedade foram apontados como distintos dos do Estado. Desse modo, o conceito de resistência somente teve maturidade e desenvolvimento na teoria moderna devido à demarcação dos "territórios" teórico-jurídicos dos direitos individuais e do Estado, que torna possível o conceito do "contrapoder" do indivíduo ao Estado.

Da mesma forma, a institucionalização da resistência necessitou historicamente da estrutura moderna de Estado, que reúne certas características, como os limites de ação do governante e o catálogo de direitos do homem. As supostas restrições desses pólos entre si formam o "espaço de manobra" das liberdades individuais. A liberdade toma relevo, de fato e de direito, como limite do Estado. Estabelecem-se as partes com direitos e obrigações, do ponto de vista do governante ou do governado, relação que Bobbio denomina *ex parte populi* ou *ex parte principis*⁽¹⁷⁶⁾. Na primeira parte, o poder popular é a questão central, sendo o

¹⁷⁶ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. ob., cit., pg. 143.

embrião do Estado moderno em decorrência da sua auto-organização social e com a faculdade de invocar o direito de resistência para subjugar a opressão e a tirania. Já na segunda parte, o poder se desloca para o aparelho de Estado, por quem se posiciona ao lado do príncipe e impõe ao povo o dever da obediência. Desse modo, se apresenta não tanto a quem, detendo o poder, tem o monopólio da força, mas àquele que renunciou ao pacto político. Entre uma e outra perspectiva, em regra, sempre opera de forma diferente, *ex parte populi* se preocupa com a questão das liberdades públicas e com os direitos fundamentais, enquanto *ex parte principis* se ocupa com a governabilidade e com problemas práticos da tutela estatal dos direitos reconhecidos.

A exteriorização dos fatos revolucionários ligados à Revolução Francesa e à Independência Americana, juntamente com o advento do fenômeno constitucional, torna o direito de resistência mais estável quanto à sua conceituação⁽¹⁷⁷⁾. A resistência política desses processos históricos baseava-se teoricamente no modelo jusnaturalista materializado em documentos solenes (Declaração e Constituições), de caráter internacional e nacional, como:

a) - **A Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787:** no preâmbulo, declara solenemente o direito de resistência⁽¹⁷⁸⁾. Nas suas dez primeiras emendas, aprovadas em 1789 e ratificadas em 1791, pretendeu-se

¹⁷⁷ Contudo, antes do "fenômeno constitucional" a Polônia já havia positivado o direito de resistência na sua Constituição, em 1607.

¹⁷⁸ *Constituição dos Estados Unidos da América*. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1986, pg. 03. "Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, *sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la*, e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e felicidade" (grifo nosso).

limitar o poder estatal estabelecendo a separação dos poderes estatais e os diversos direitos fundamentais.

b) - **A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:** esse evento histórico declara os princípios da liberdade política que dá fim ao Antigo Regime e inaugura o Estado Constitucional, mediante um rol de direitos universal da pessoa humana⁽¹⁷⁹⁾. Antes, os direitos eram restritos às castas e não possuíam as especificações universais como conhecemos na modernidade. Eis a declaração expressa no art. 2º: "A finalidade de toda associação é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem; esses direitos são a liberdade, a segurança e a *resistência à opressão*".

Junto ao direito de resistência postula-se o direito de revolução, no Preâmbulo da Declaração também, quando se declara que "se quer evitar que o homem seja obrigado, como última instância, à rebelião contra a tirania e opressão". Isto é, se as circunstâncias o exigirem, o homem é levado à revolução.

c) - **A Constituição Francesa, de 1793,** expressa um catálogo de direitos fundamentais⁽¹⁸⁰⁾, como a resistência à opressão, igualdade, liberdade,

¹⁷⁹ Além de declarar os princípios da igualdade, da legalidade, da propriedade, da segurança, da associação política, da reserva legal e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência, da liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento.

¹⁸⁰ A Constituição Francesa, de 24 de junho de 1793, estabelecia no seu preâmbulo: "O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim que todos os cidadãos podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases da sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra dos seus deveres, o legislador o objeto da sua missão. Por conseqüência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão". No art. 11, da Constituição expressa o direito de resistência: "Todos os atos exercido contra um homem que a lei determina arbitrária é tirânica; contra o qual a vontade para executar pela violência o direito de reparar pela força. Já no art. 35, aparece expressamente o direito à revolução: "Quando o governante viola os direitos do povo, a insurreição torna-se para o povo o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres".

segurança, propriedade, legalidade, livre acesso aos cargos públicos, livre manifestação de pensamento, liberdade de imprensa, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade entre delitos e penas, liberdade de profissão, direito de petição, direitos políticos. Quanto ao direito à revolução, é a primeira Constituição a reconhecer esse direito no pensamento jurídico moderno.

Os princípios centrais desses documentos políticos podem ser resumidos em duas formas: 1) todo ser humano tem certos direitos que lhe são inerentes. Trata-se de uma justificativa jus-filosófica; os direitos básicos de todo cidadão são irrevogáveis ou inalienáveis, isto é, tais direitos não podem ser anulados ou negados, nem pelo Estado nem pelos próprios indivíduos envolvidos. Tais direitos podem ser especificados e adquiridos por serem inerentes a todas as pessoas, em virtude de sua condição humana. Isso caracteriza o direito de resistência à opressão como fruto da liberdade individual, e não mais como dever de obediência; 2) prenunciam tais direitos o princípio de que o governo é para o indivíduo, e não o indivíduo para o governo, princípio esse que exerce grande influência não apenas sobre todas as constituições, mas também sobre a reflexão sobre o Estado⁽¹⁸¹⁾. O direito de resistência, na perspectiva jusnaturalista, não é mais um direito natural não protegido, mas um direito protegido dentro do próprio sistema jurídico moderno.

A sociedade moderna vivencia inúmeros atos de resistência, impulsionada pelos ritmos da transformação social e política. A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, como também a Declaração Universal dos

¹⁸¹ BOBBIO, N. *Estado, governo e sociedade*. ob., cit., pg. 63-64-65.

Direitos do Homem e do Cidadão, desata as forças do Estado de Direito e da democracia liberal graças, em parte, às idéias de Locke. Abstraindo-se a concepção lockiana desses contextos não se tem uma identidade e práticas definidas que introduzem maior fluidez teórica sobre a resistência. Na Declaração Francesa, a resistência à opressão é enumerada entre os quatro direitos naturais e imprescritíveis do homem. As demais "Declarações de Direitos" que ocorreram após a Revolução Francesa introduziram, no discurso político-jurídico, o direito de resistência, inclusive, nas primeiras Constituições Francesas.

Esses documentos políticos estão alicerçados, em parte, pelo modelo lockiano. Eles representaram, de um lado, a limitação do poder do governante e, de outro, a declaração dos direitos do homem. Com isso, Locke antecipa a fórmula liberal do Estado moderno como potência soberana e legisladora e centro catalisador da unidade política de uma multiplicidade de indivíduos. Há de se destacar duas características fundamentais do liberalismo que contribuíram para a doutrina da construção política da constituição: uma, que a supremacia da lei culmina num dos pilares de apoio da corrente positivista, encontrando grande parte de suas raízes no liberalismo de Locke e nas codificações; a outra, na separação dos poderes que visam à garantia dos direitos. Porém, o tempo foi mostrando que a separação dos poderes não era suficiente para arcar sozinha com tal tarefa. Antes de ser um equilíbrio constitucional, representava um equilíbrio social das classes que disputavam o poder. Isso, antes de tudo, é uma reivindicação da ascendente burguesia pela segurança jurídica, já que essa não consegue desenvolver suas relações econômicas no esquema das antigas estruturas político-jurídicas.

Jefferson, ao redigir a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, inspira-se no *Segundo Tratado* de Locke, produzindo um documento de grande valor histórico e reafirmador dos direitos naturais inalienáveis. No seu prelúdio, declara que os homens foram dotados igualmente de direitos naturais e inalienáveis e que sociedades políticas foram criadas para assegurar essas garantias. Registra a "longa série de abusos e usurpações" do Rei da Grã-Bretanha, que constitui a maior parte da Declaração de Independência, apontando, assim, para a incapacidade daquele de proteger a vida, a liberdade e a propriedade dos "colonos" americanos⁽¹⁸²⁾.

Essa Declaração combina uma teoria contratual do direito natural com o pressuposto de que os colonizadores podiam não apenas abolir os vínculos com a Inglaterra e legitimamente instituir um Estado livre, como também "declarar a guerra, concluir a paz, contratar alianças, estabelecer comércio e praticar todos os atos e ações a que têm direito os Estados independentes. E em apoio a esta declaração, plenos de firme confiança na proteção da divina providência, empenhamos mutuamente nossas vidas, nossas fortunas e nossa sagrada honra"⁽¹⁸³⁾. Assim, em plena Revolução Americana a Declaração do Estado de Virgínia, de 1776, consignou fórmula similar extraída da Declaração da

¹⁸² *Declaração da Independência dos Estados Unidos*. "A história do atual Rei da Grã-Bretanha compõe-se de repetidos danos e usurpações, tendo todos por objetivo direto o estabelecimento da tirania absoluta sobre estes Estados. Para prová-lo, permitam-nos submeter os fatos a um cândido mundo: Recusou assentimento a leis das mais salutares e necessárias ao bem público (...). Dissolveu Casas de Representantes repetidamente porque se opunham com máscula firmeza às invasões dos direitos do povo (...). Dificultou a administração da justiça pela recusa de assentimento a leis que estabeleciam poderes judiciários. Tornou os juizes dependentes apenas da vontade dele para gozo do cargo e valor e pagamento dos respectivos salários (...)".

¹⁸³ *Constituição dos Estados Unidos...*, ob., cit., pg. 7.

Independência dos Estados Unidos⁽¹⁸⁴⁾.

Torna-se importante observar que, na Declaração, além do firme propósito político de criar um Estado livre, aparecem os elementos do progresso social a partir de um conceito individualista de homem. O reconhecimento do direito de resistência surge em momentos de reafirmação da independência contra o jugo inglês não apenas como direito, mas também como dever, pois o povo não pode contar com outras forças senão as suas.

Coincidência histórica ou não, a luta da independência americana se trava contra a Inglaterra, país esse com larga tradição de luta pelos direitos do homem, pioneiro no sentido de consecução de direitos frente ao poder do Estado, sendo a Magna Carta de 1215 uma das primeiras demonstrações palpáveis da limitação ao poder do monarca oriunda de conflitos entre o rei e os barões⁽¹⁸⁵⁾. A Inglaterra também inova ao elaborar a primeira Constituição escrita, denominada *Instrument of Government* (1652), surgida na curta experiência republicana sob a liderança de Cromwell. Tal criação não seria benéfica somente para aquele país, servindo-lhe de alicerce para futuras conquistas, como se prestou ao importante papel de protótipo da Constituição dos Estados Unidos, em 1787⁽¹⁸⁶⁾.

¹⁸⁴ A Colônia de Virgínia, em 12 de junho de 1776, proclamou a famosa *Bill of Rights*, contendo em seus dezesseis artigos um grupo de direitos e garantias constitucionais capazes de imprimir respeito aos direitos, sendo este o primeiro texto legal relativo às liberdades públicas e que forneceu as bases para o desenvolvimento futuro das garantias constitucionais das liberdades. Em simetria com a Declaração da Independência dos Estados Unidos expressa: "(...) quando um governo resulta inadequado ou contrário aos fins de promoção da segurança e da felicidade, a maioria da comunidade tem o direito indubitável, inalienável e indefectível de reformá-lo, trocá-lo ou aboli-lo, de modo mais apropriado para o bem público".

¹⁸⁵ Esse fato representou o fim da Monarquia Absolutista e início da Monarquia Constitucional. A partir dessas lutas entre a nobreza e o poder real novas conquistas, surgiram novos documentos balizadores dos direitos do homem, como: *Petition of Rights* (1629), *Habeas Corpus Act* (1679) e *Bill of Rights* (1689).

¹⁸⁶ ESMEIN, A. *Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, 6ª ed. Paris: 1914, pgs. 577-578.

Surge, desses atos políticos modernos, o fenômeno constitucional. A racionalização jurídica do Estado foi sistematizada nas Constituições políticas e se deu basicamente com garantia de direitos e separação dos poderes. A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelecia no art. 16 que "Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição". Essa tomada de consciência pelo pacto constitucional estabelece os condicionamentos da vida privada e pública para planejar, organizar e controlar o Estado e a sociedade.

O advento dos processos revolucionários (americano e francês) muda a teoria do direito de resistência, principalmente ao fixar sua natureza e ação. A resistência não mais precisa ficar restrita à simples "contestação", já que conhece, pela experiência, novas formas mais efetivas e mais radicais de mudanças do Estado.

2.3.2 Resistência contemporânea

A institucionalização do direito de resistência, diferentemente da institucionalização moderna, é resultante mais de processos éticos do que ideológicos. Se, de um lado, alguns Estados a admitem ou a toleram, outros de forma mais restritiva admitem-na apenas como uma possibilidade concreta a ser processada pelo aparato estatal, como a objeção de consciência. De forma diferente, outros Estados afastaram completamente a possibilidade do exercício do direito de resistência, tipificando-o como ilícito penal.

O posicionamento político sobre a institucionalização do direito de resistência não foi assente entre os políticos e juristas. Do posicionamento

contrário mantêm-se algumas prevenções para a fundamentação aceitável do direito de resistência e a consideração de que é uma questão de menor interesse. A tese da impossível justificação jurídica da resistência pressupõe que as instituições estatais detêm o monopólio da interpretação constitucional para dirimir as controvérsias do regime político, da lei injusta etc. Sempre se deve acatar sua decisão e buscar os recursos legais disponíveis para afastar do ordenamento jurídico a lei ou o ato imperfeito ou injusto. Nesses supostos os cidadãos que têm dúvidas acerca da constitucionalidade da lei devem seguir obedecendo-a enquanto não se declare sua inconstitucionalidade ou não se revogue.

As variáveis empregadas por essa compreensão político-jurídica, digamos "conservadora", giram em torno dos seguintes argumentos: a) a resistência é incapaz de desenvolver-se no tempo, além dos clássicos e, também, de se conciliar com as exigências modernas de segurança jurídica¹⁸⁷; b) acham que esse direito não existe na ordem jurídica. Alega-se, nesse caso, que, por não haver previsão normativa e em função da respectiva tipologia jurídica, torna-se difícil descrever "algo" inexistente no mundo jurídico; c) a resistência é simples abuso de direito, em cujo exercício há intenção de prejudicar terceiros; d) entendem também que se caracteriza apenas por motivação política, elemento único de legitimação; e) a resistência está dividida em pequenos grupos que só têm preocupação de afrontar os governos.

¹⁸⁷ De modo particular, I. Kant (1724-1804) adota uma posição contraditória sob o ponto de vista filosófico: de um lado defende a Revolução Francesa e, de outro, exclui o direito de resistência, já que a defesa da legalidade conflita com seu conceito de constituição jurídica. Kant nega a resistência, especialmente a revolucionária, pelo fato de que o povo, mesmo sendo depositário da soberania, transferiu-a incondicionalmente ao exercício do soberano. Da mesma forma, é contrário à resistência Hugo Grócio, até por ser um dos teólogos alinhados com a origem divina do poder confiado ao soberano sem nenhuma limitação.

Os que adotam essa perspectiva “conservadora” acham utópico o direito de resistência vêem nele um verdadeiro paradoxo - o mesmo ordenamento jurídico que estabelece comandos para serem obedecidos não deveria consagrar em suas prescrições a possibilidade da desobediência - independentemente de seu conteúdo⁽¹⁸⁸⁾. Dessa forma, opera com uma leitura simplista da ordem jurídica. No interior desse pensamento, mantém-se a negação de toda ordem ao direito de resistência. O direito é reduzido, assim, à lei, à condição de legal ou de ilegal. A “teoria pura do direito”, criação de Hans Kelsen, leva às extremas conseqüências racionais a tese de que não existe outro direito, exceto o que emana da autoridade estatal⁽¹⁸⁹⁾.

A visão conservadora restringe o papel da democracia e dos direitos fundamentais fazendo com que o sistema jurídico funcione apenas como instrumento de força⁽¹⁹⁰⁾. Em regra, esse posicionamento não fica expresso, pois poucos assumem tais posições, preferindo atuar na reação aos fatos.

Do posicionamento favorável sobre a institucionalização contemporânea do direito de resistência abrem-se, no mínimo, três variáveis: 1) desconsidera-se a

¹⁸⁸ Spinoza propõe uma solução que será colhida também por Kant - o dever de obediência absoluta com relação ao Estado, restando apenas o direito de liberdade quanto às idéias. “Raciocinem enquanto quiserem e sobre o que quiserem, mas obedecam”. Para Kant não há nenhuma possibilidade de direito de resistência. Se uma lei pública, diz ele, é irrepreensível, ou seja, conforme o direito, é também irresistível, já que a resistência a ela destruiria qualquer constituição civil. “Contra o supremo legislador do Estado, não pode haver nenhuma oposição legítima por parte do povo, já que somente graças à submissão de todos à sua vontade universalmente legisladora é possível um Estado jurídico: portanto, não pode ser emitido nenhum direito de insurreição (*seditio*), menos ainda de rebelião (*rebellio*), e menos do que qualquer outro de atentados contra ele como indivíduo (como monarca) sob pretexto de abuso do poder, em sua pessoa ou em sua vida (*monarchomachismus su specie tyrannicidi*)”. KANT, E. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Coimbra: Coimbra, 1960, § 49, A, pg. 66.

¹⁸⁹ Vd. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª. ed. trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

¹⁹⁰ SOLER, Sebastián. *Lei, história e liberdade*. Buenos Aires: La Ley, 1946, pg. 67. O autor desenvolve vigoroso ataque ao direito da resistência identificando-o como “pura surdez de rebeldia” ante uma norma análoga a que exercita um delinqüente. Questiona também o contrato social, como base da teoria do direito da resistência.

questão como problema jurídico, relegando-a apenas ao plano político, e o direito de resistência fica reduzido apenas ao subjetivismo do intérprete político; 2) considera-se a questão como problema político e jurídico, sendo consentâneo com a ordem constitucional e com a ordem democrática, isto é, concebe-se o fenômeno da resistência num plano equilibrado tanto das relações sociais quanto nas relações com o Estado; 3) abstrai-se a resistência e reduz-se a justificação a um problema eminentemente circunscrito à teoria do direito. Assim, a resistência é admitida nos casos especiais de licitude previstos no ordenamento jurídico: a) legítima defesa civil e penal; b) estado de necessidade; c) ação de defesa de direitos ou contra ataques; c) reclamação a *posteriori* contra o abuso de direito ou a postulação por eventuais reparações de dano. (Vd. Cap. 4, seção 4.4.1.).

A resistência contemporânea tem amparo jurídico. A definição via constitucional da resistência não encerra um entendimento “legalista”, já que ela faz mais essencialmente uma atividade jurídica de permissão do que de controle. Se não assume a condição de norma constitucional, o faz em forma de princípio na categoria dos direitos fundamentais, seja explícito ou implícito. Também, se não for especificada com o *nomen iuris* constitucional de direito de resistência, então, em regra, fica especificada nos formatos de espécies (greve, objeção de consciência e desobediência civil).

Nesse novo universo de competência constitucional, seu lugar na história do constitucionalismo mantém-se incontroverso quanto à sua presença e à sua importância para a efetividade de direitos fundamentais. Os Estados que adotaram o direito de resistência depois da Segunda Guerra Mundial foram:

a) A **Alemanha**, cuja Lei Fundamental de 1949, no art. 20, IV, expressa: "Não havendo outra alternativa, todos os alemães têm o direito de resistir contra quem tentar subverter a ordem";

b) A **França** que, através da Constituição de 1946, reconhece implicitamente: "O povo francês proclama solenemente o seu apego aos Direitos do Homem e aos princípios da soberania nacional, tal como definidos pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946".

c) **El Salvador**, em sua Constituição de 1950, no art. 5º, que diz: "A alternância no exercício da presidência é indispensável para a manutenção da forma de governo estabelecida". A violação desta norma obriga à "insurreição";

d) A **Guatemala** que, em sua Constituição de 1965, no art. 78, § 2º, expressa: "É legítima a resistência adequada para a proteção dos direitos e garantias consignados na Constituição";

e) **Portugal**, cuja Constituição de 1976, no art. 21, estabelece que: "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".

f) O **Brasil**, em cuja Constituição de 1988 o direito de resistência não se apresenta expressamente, constando apenas algumas espécies, como a greve e a objeção de consciência. De outro lado, nossa Constituição admite implicitamente no art. 5º, § 2º: "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".

g) A **Argentina** que, em sua Constituição de 1994, no art. 36, expressa:

"Esta constituição manterá seu império até quando se interromper sua observância por atos de força contra a ordem institucional e o sistema democrático. Estes atos serão considerados nulos. Seus autores serão passíveis de sanção prevista no art. 29, inabilitados a permanecer ou ocupar cargo público, excluídos dos benefícios do indulto e da comutação de penas. Terá as mesmas sanções quem, como consequência desses atos, usurpar funções previstas para as autoridades desta Constituição e das províncias, que também responderão civil e penalmente por seus atos. As ações respectivas serão imprescritíveis. Todos os cidadãos têm o *direito de resistência* contra quem executar os atos de força enunciados neste artigo (...)"

Assim concebido, o direito de resistência passa por uma nova fase ao integrar-se ao direito constitucional contemporâneo como parte da dogmática jurídica. O modelo paradigmático foi o alemão, mas outros países seguiram-no mais proximamente: Portugal, na Europa, e Argentina, na América latina. Contudo, é, interessante notar as variáveis do modelo alemão (ético-político) para outras fundamentações, como: alternância de poder (El Salvador); defesa constitucional (Argentina) e defesa de direitos fundamentais (Guatemala, França e Brasil).

A França, como o Brasil, opera com o sistema constitucional aberto, ao reconhecer implicitamente o direito de resistência. A França reafirma os postulados revolucionários numa seqüência histórica advinda da Declaração de Direitos de 1789. Essa discussão foi retomada no processo constituinte de 1946, mas o direito de resistência não foi aprovado⁽¹⁹¹⁾. A mesma coisa aconteceu no

¹⁹¹ Projeto Constitucional Francês, de 1946, art. 21: "Quando o governante violar as liberdades e os direitos e garantias Constitucionais, a resistência sob todas as formas é o mais sacrado dos direitos e também o mais imperioso dos deveres".

processo constituinte italiano de 1947, quando a discussão do direito de resistência se fez presente⁽¹⁹²⁾. Esse preceito não está inserido no texto definitivo devido a questões políticas interpretativas sobre a extensão desse direito, pois havia uma preocupação com o retorno do fascismo sob os auspícios do direito de resistência. É tão forte a preocupação com a ordem democrática que a Constituição expressa nas Disposições Transitórias o veto à recriação do partido fascista⁽¹⁹³⁾. A luta antifascista estava diretamente ligada à resistência italiana, que apostava na libertação do povo do regime tirano de Mussolini e numa nova ordem constitucional⁽¹⁹⁴⁾.

O surgimento dos totalitarismos (soviético e nazifascista) renegou abertamente o princípio da Constituição como garantia política e jurídica. Apesar da existência das Declarações de Direitos e das Constituições, as atrocidades praticadas contra os homens atingiram níveis inigualáveis durante a Segunda Guerra Mundial. O modelo constitucional clássico (de natureza mais jurídica) foi contestado e superado por um modelo mais político, por meio do qual o sistema constitucional contemporâneo se insere num novo processo de limitação do poder, agora pela "legítima defesa social". A Constituição, como garantia das liberdades fundamentais, ficou desfalcada, primeiramente, em sua versão liberal e, depois, na versão democrática.

¹⁹² Meloni, C. *Il diritto di resistenza collettiva nel nuovo ordinamento costituzionale*. Roma: Nuovo diritto, 1949, pg. 377. "art. 50. Quando os poderes públicos violam as liberdades fundamentais e os direitos garantidos da constituição, a resistência à opressão é direito e dever do cidadão".

¹⁹³ Constituição Italiana de 1948. Inciso XII, "É vedada a reorganização sob qualquer forma do partido fascista".

¹⁹⁴ MARSANICH, Filippo de. *La Costituzione questa sconosciuta*. Roma: Edizione Europa Libera, 1965, pg. 07. "La Costituzione repubblicana sipone, quindi, come carta della Resistenza".

A sociedade mundial, e principalmente a europeia, necessitava de uma nova ordem política de proteção aos direitos humanos e de um novo direito público.

Os Estados trataram de aparelhar seus sistemas jurídicos na proporção da necessidade de proteger o homem contra a violência do próprio Estado. A garantia internacional de direitos surge com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Após a Segunda Guerra Mundial, surge a presença ativa de novos fatores de poder (partidos, grupos de pressão, tecnocracia, movimentos sociais), que exigiam elementos valorativos (justiça, paz e bem-estar) e ideológicos (liberalismo, socialismo, fascismo, comunismo, anarquismo), assim como segurança jurídica (normas jurídicas e regime constitucional), que respondem a essa cultura de pós-guerra (medo, genocídio, violência, insegurança, perseguição).

A positivação do direito de resistência indica um "reforço de garantia" da própria ordem constitucional, além dos instrumentos técnico-processuais para absorver os fenômenos sociais de toda ordem. O reconhecimento jurídico da resistência possibilita o desfecho de ações judiciais de controle de constitucionalidade, como o controle da lei injusta. Como nos diz Bobbio, nas Constituições que "reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado. Mas o que podem fazer os cidadãos de um Estado que não tenham reconhecidos os direitos do homem

como direitos dignos de proteção? Mais uma vez, só lhes resta o caminho do chamado direito de resistência"⁽¹⁹⁵⁾.

A questão da resistência tomou, no terreno político, depois da Segunda Guerra Mundial, uma consistência incontornável, quer se trate da resistência francesa à ocupação alemã ou da resistência italiana contra as forças fascistas, quer dos diversos movimentos de libertação nacional que organizaram a resistência contra as potências coloniais ou a luta pela autodeterminação dos povos, iniciando, ao mesmo tempo, o processo de descolonização através do mundo. Os atos de invasão e domínio nazista ou fascista eram denominados ocupação, enquanto, opostamente, eram chamados de Resistência os movimentos clandestinos de luta e apoio de patriotas que se locomoviam entre os países, correndo enormes riscos e enfrentando toda sorte de dificuldades, para prejudicar, obstruir e acabar com a ação do poder ocupante. As "resistências" se tornaram uma força poderosa e desempenharam papel relevante em prol da democracia e dos direitos humanos nos países europeus ocupados pelos regimes autoritários.

A resistência ficou consagrada como uma estrutura típica do comportamento sociopolítico, e pode revestir-se de um caráter geral para qualificar qualquer movimento que se pareça com ela. Está claro que a sociedade, sufocada e oprimida pelos nazifascistas, em nome de sua própria sobrevivência como grupo social devia se manifestar e reagir contra aquelas circunstâncias históricas: conquista, usurpação e exercício abusivo do poder. Cria-se, pela lei natural da autoconservação física, a "cultura" da resistência

¹⁹⁵ Bobbio, N. *A era dos direitos*. ob., cit., pg. 31

contra a injustiça, que não só tinha o direito mas o dever de resistir às arbitrariedades das autoridades político-militares⁽¹⁹⁶⁾. A ocupação e a dominação de territórios e nações com a imposição de uma política estrangeira ocorreu em vários países europeus. Os grupos de resistência que lutaram contra o nazifacismo pagaram alto preço em vidas e sofreram duras perdas. Sobre essa experiência, Bobbio comenta que a resistência imaginada no passado, nos séculos XVI e XVII, não é diversa daquela que se exercitou em plena Segunda Guerra, pois ocorreram as três condições que dão origem ao direito de resistência, ou seja, conquista, usurpação e exercício abusivo do poder, sendo a primeira contra os alemães, a segunda e a terceira contra os fascistas da República de Salò⁽¹⁹⁷⁾.

A situação na Alemanha pós-guerra é insuportável, sob o ponto de vista político e jurídico. A positivação do direito de resistência no texto constitucional - "Todos os alemães têm o direito de resistir contra quem tentar subverter a ordem" - torna claros os propósitos políticos: evitar a possibilidade histórica de retorno ao nazismo; para isso, o direito de resistência funciona como "*ultima ratio*" da sociedade. A resistência, dentro da ordem constitucional, funciona como um *establishment*, pois evita o rompimento da ordem jurídica, que provoca danos irreparáveis ao sistema político.

¹⁹⁶ Vd. SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, pg. 465.

¹⁹⁷ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. ob., cit., pg. 153.

2.4 Da legitimidade do direito de resistência

A questão do direito de resistência aborda três problemas: a legitimidade do poder político; o fundamento jus-positivista do poder; como e por quem deve ser exercida a resistência. Quanto à legitimidade, a resistência ataca em função da carência do título legitimador (usurpação: tirano *ex defectu tituli*) e da perda no exercício (tirano *ex parte exercitii*). A simples presença da ilegitimidade do poder faz com que a resistência se converta em um dever moral, em duas situações: na primeira, pode-se reivindicar a morte do tirano (tiranocídio) – como no *Antigo Regime*, em que a soberania popular era negada e o mandato era irrevogável. A segunda diz respeito a um processo que se assemelha à tirania no exercício da função de governante, próprio dos regimes políticos contemporâneos – como a chegada ao poder do Partido Nacional Socialista na Alemanha. Hitler recebe um mandato legítimo, mas, no exercício do poder, desloca-se para a tirania.

Nesse contexto político de opressão política, o fato de resistir significa opor-se às forças dominantes que entravam a liberdade e ameaçam os direitos humanos fundamentais. A resposta da resistência apenas descreve uma situação determinada de violência do Estado contra a sociedade, que essa por sua própria força empreende a correspondente reação política.

Então, como se legitimam a sociedade e o direito de resistência no seu interior? A resposta não pode ser sintética. Ora, se o simples consenso inibe a funcionalidade da resistência, já que seu "combustível" está no dissenso, a legitimação está entre a dimensão do político e a do jurídico.

A legitimidade de qualquer sociedade/Estado passa pelas dimensões histórico-cultural e político-jurídica, sendo que o Estado se legitima pelo

consenso, que passa pela institucionalidade das representações sociais (partidos, sindicatos, movimentos sociais), na busca de permanente apoio político, tendo em vista sempre o disjuntivo: consenso e dissenso⁽¹⁹⁸⁾.

A natureza da resistência geralmente é política ou jurídica, sendo que a legitimidade ora se concentra em um, ora em outro aspecto. A politização absoluta do tema enfraquece seus referentes teóricos, pois há uma construção jurídica que a respalda sob o ponto de vista técnico-procedimental (Vd. Cap. 4, seção 4.4). O critério mais satisfatório para compreender o fenômeno da resistência se dá quando se combinam as propriedades jurídicas e seus instrumentos de ação política.

A resistência tem uma justificação dada pelas medidas de valores éticos, jurídicos e políticos. A justificação sempre se acha na própria razão do seu exercício e conforme suas peculiaridades circunstanciais, o que a diferencia de todas as outras formas de transgressão.

Na delimitação do direito de resistência, é importante observar e diferenciar os diversos tipos de atos de resistência, que podem ser violentos ou não, ao contrariar a obrigação jurídica. Fenômenos dessa ordem acontecem a todo tempo, até que surge um outro poder e, conseqüentemente, uma outra negociação política ou a ruptura desse poder.

Retorna-se o problema: em que medida, nessa esfera de relações, o direito de resistência torna-se legítimo? Estamos diante de um problema político ou

¹⁹⁸ MOLINO, Leonardo. "Dissenso". In: BOBBIO, N. (et alii). *Dicionário de Política*. Brasília: UNB, 1986, pg. 361. Esses conceitos possuem uma dificuldade conceitual. Contudo entende-se dissenso como o contrário de consenso e, para tanto como uma categoria mais genérica e compreensiva de toda forma de desacordo e de atitude negativa em relação ao sistema político ou aos seus aspectos mais específicos. Desse ponto de vista, a desobediência civil e as várias formas de oposição e de protesto são manifestações típicas e mais particulares de dissenso.

jurídico? A tese contratualista indica que, dentro do mesmo Estado, os indivíduos são compelidos a obrigações e, em contrapartida, podem fruir direitos, na medida em que estes são estabelecidos na Constituição política. Se o pacto político gera obrigações que se tornam necessárias e exeqüíveis para todos, numa relação de obrigações e direitos que é fechada em si mesma, como num movimento circular, então, quando se pode revogar a obrigação jurídica? A observância da obrigação jurídica por parte da grande maioria dos indivíduos, ou seja, a obediência geral e constante às leis, é, ao mesmo tempo, a condição e a prova da legitimidade do ordenamento jurídico, cujas ordens são obedecidas como tais, independentemente de seu conteúdo.

2.4.1 Legitimidade e legalidade

No Estado de Direito existe uma conexão entre legalidade e legitimidade, e essa conexão é tanto material como formal. O indivíduo encontra, na explicação da sua atividade jurídica, uma dupla ordem de limites: os direitos dos outros cidadãos e aqueles do Estado. Sem tal limite (restrição) não será possível qualquer política de boa convivência, como em geral não é possível nenhuma sociedade sem o sacrifício parcial e recíproco de direitos dos membros que a compõem.

A função jurídica funda-se, sobretudo, no fato de o âmbito do poder estar limitado pela Constituição. A conformidade de um ato estatal com a lei e desta com a constituição jurídico-positiva só pode constituir a base de uma legalidade, nunca de uma legitimidade justificadora. Observa-se uma clara tendência de

julgar a legitimidade dos poderes públicos mais pela sua capacidade de dar respostas às demandas sociais e menos por uma legitimidade constitucional.

As tentativas de modificação política antijurídica, com ou sem recurso à força, podem ser provenientes dos órgãos constitucionais de cúpula (golpe de Estado) ou do povo (revolução). No caso de a ação agressiva partir do povo, geralmente o aparato de cúpula utiliza todos instrumentos repressivos colocados legalmente à sua disposição. Já no caso inverso, os órgãos de cúpula dispõem de todos os recursos materiais e psicológicos para fazer valer os seus propósitos. Estamos diante de um golpe de Estado ou de uma tirania. A tirania, enquanto "enfermidade do Estado", apresenta duas características políticas: uma quanto ao título, isto é, a apropriação de cargo de governo sem legitimidade política ou sem autorização da sociedade, e a outra quanto ao exercício do poder político. Bobbio nos ensina que "os institutos através dos quais se obteve esse resultado podem ser diferenciados com base nos dois modos tradicionais mediante os quais se supunha que ocorresse a degeneração do poder: o abuso no exercício do poder (o *tyrannus quoad exercitium*) e o déficit de legitimação (o *tyrannus absque titulo*)"⁽¹⁹⁹⁾.

Os institutos da legitimidade e da legalidade, ali colocados, também funcionaram de forma antinômica, tanto que no que se refere ao poder estatal pode haver problemas de legitimação quanto à origem ou quanto ao exercício. A constitucionalização da resistência demonstra, por si só, o reconhecimento das limitações do sistema jurídico em resolver questões políticas graves, como as tiranias, quanto ao título ou quanto ao exercício.

¹⁹⁹ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. ob., cit., pg. 148.

Nessas circunstâncias modernas elucidam-se os institutos político-jurídicos da legitimidade e da legalidade. Não basta o poder ser legal; ele deve buscar a sua legitimação quanto à origem e quanto ao exercício. Quando o poder entra em contradição com os interesses da sociedade, entra em crise também o princípio de legitimidade que o justifica. Isso ocorre porque, nas diversas modalidades de resistência, quando o Estado não tem respostas convincentes, a estrutura do poder desmorona e se manifesta a inadequação para resolver o direito demandado.

Nesse momento, os resistentes entram em contradição com a estrutura do poder do Estado e todos se tornam politicamente ativos quando as opções de exteriorização política se apresentarem de forma simples, pois, quanto mais complexa for a demanda política e jurídica, mais difícil se torna arregimentar forças sociais para sua sustentação e, de outro lado, também é mais fácil o Estado simular soluções. Quanto à aferição de maior ou menor grau de legitimidade, é mais complexa, porque envolve um juízo moral. De qualquer forma, o que parece evidente é que quanto maior a cooperação consciente na contribuição ativa e espontânea das pessoas ao Estado, tanto mais eficiente e forte será o Estado. Em nenhum caso se pode pensar que uma ordem legal se legitima a si própria, pois *“um ordenamento jurídico ilegítimo é uma contradição em si”*⁽²⁰⁰⁾.

A legitimidade se aproxima do conceito de justiça, de consenso. O poder legítimo fundamenta-se na idéia de um bem a realizar, capaz de impor aos membros da comunidade o comportamento que aquela idéia exige. Só é legítimo

o governo quanto mais se lhe adequar a atividade aos próprios fins. Se a ordem governamental existente passa a ser rejeitada pela maioria dos cidadãos, em autêntica reação coletiva, a cidadania ataca a legitimidade do governante quanto ao título. Nesse caso, a ordem assume aspectos de mera ordem policial e, ao concretizar-se tal tirania, já nada resta da autoridade.

"Quanto mais perfeita é uma sociedade, menos razão de ser tem a resistência. De outro lado, porém, tanto menos perfeita é uma sociedade quanto mais resistência há, havendo grandes e justos motivos para resistir"⁽²⁰¹⁾.

Ainda que a resistência não fosse expressa, seria imposta como direito pela lógica irresistível dos fatos e não necessitaria da democracia para opor-se àquilo que é inconstitucional, iníquo e imoral. Existem alguns princípios jurídicos concernentes à dignidade da pessoa humana que estão no direito natural, independentemente da previsão no rol de direitos assegurados.

No âmbito da teoria constitucional o direito de resistência não reclama originalidade, já que no Direito Constitucional comparado fornece modelos estatuídos em várias Constituições do mundo. O reconhecimento é considerado "positivo" num duplo sentido: porque se trata de uma consagração "positivada" no texto constitucional e porque o legislador a afirma pela regulamentação das espécies ou modalidades. O reconhecimento constitucional do direito de resistência opera como forma limitativa do poder estatal. Dessa forma, o Estado constitucional não só afasta a possibilidade de opressão decorrente do próprio regime político como também oferece o reconhecimento universal na hipótese de

²⁰⁰ ROMANO, Santi. *Principi di diritto costituzionale generale*. 2a.ed. Milão: Giuffrè 1947, pg. 192-193. Romano afirma que "Un ordinamento giuridico illegittimo è una contraddizione in termini".

²⁰¹ PAUPÉRIO, Arthur Machado. *O direito político de resistência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pg. 24.

ações de força contra a opressão. Mas, a resistência legítima apóia-se na noção de limites para evitar abusos no seu próprio exercício, advindo de pessoas ou movimento social sectário ou arbitrariedade oriunda de paixão política.

O direito de resistência busca sua legitimidade além da regulação social para se tornar faculdade de defesa da pessoa humana, ou mais um recurso de legítima defesa coletiva, que se expressa pela conservação de valores sociais. Para configurar a legítima defesa, é necessário que haja, por parte do Estado ou de grupos (políticos, econômicos), uma agressão injusta. A resistência, nesse caso, transmuda-se em legítima defesa social e constitui-se numa competência de substituição provisória deixada aos seus membros para se protegerem e enfrentarem a tirania. O direito de legítima defesa deve ser tão justo para a sociedade como para os cidadãos.

O que demonstra a legitimidade do governo é o consentimento dos governados e o reconhecimento de que o governo não se afasta dos objetivos gerais que lhe cumpre efetivar. Obedece-se aos governantes tão-somente porque estes encarnam a idéia de direito geralmente aceita pela comunidade. A vontade do governo será emitidora dentro das condições e das formas previstas pela Constituição; assim, os governantes fazem *jus* à obediência dos governados. Dessa forma, só quando a atitude dos governantes implica desprezo sistemático pela idéia de direito é que podemos considerar legítima a resistência.

Quando se rompe essa mútua relação de obrigação, entra em cena a recusa à obrigação jurídica, cuja natureza de desobediência não desafia a existência da sociedade – desafia apenas a autoridade pública. Não tenta substituir um poder independente por outro, mas apenas questiona o limite

preciso da autoridade. Isso não é revolução, mas sim desobediência civil, uma expressão por meio da ação de uma reivindicação parcial contra o Estado.

A responsabilidade do indivíduo para com o grupo será sempre em relação a "alguma coisa". Um indivíduo cuja experiência moral nunca vai além de si mesmo e que não tenha qualquer responsabilidade com a sociedade tem direito, ainda assim, desde que não agrida a sociedade como um todo. A sociedade, em regra, tem como tática política neutralizar as minorias derrotadas e camuflar o desaparecimento gradual destas e, ao mesmo tempo, evitar que sejam uma ameaça ao *status quo* político.

Os atos de resistência à obrigação jurídica, conseqüentemente, ferem atos jurídicos que provocam uma restrição ao ordenamento estatal. Desse movimento, surge uma flexibilização jurídica na admissão parcial da desobrigação do indivíduo frente ao Estado. Para o sistema político, quem admite uma flexibilidade parcial da obrigação jurídica imediatamente incorpora o direito de resistência ao sistema jurídico. A resistência, nesse caso, não se apresenta contra as normas sociais, e sim contra a obrigação jurídica.

Para compreender o fenômeno da resistência, é necessário partir da consideração de que cada pessoa está obrigada a um ordenamento jurídico e tem o dever de obedecer ao mesmo, o que é denominado obrigação jurídica. A sociedade proporciona a cada pessoa direitos e obrigações. O *status* de "membro" começa com o nascimento da pessoa natural. A obrigação jurídica começa com o fato ser membro da sociedade política. Essa adesão tácita da pessoa compõe o modelo contratualista, que estabelece obrigações para todas as pessoas e, em contrapartida, os direitos de que podem fruir na medida em que

são estabelecidos nos pactos políticos. Se o pacto político gera obrigações que se tornam necessárias e exeqüíveis para todos, numa relação de obrigações e direitos que é fechada em si mesma como num movimento circular, então, quando se pode revogar a obrigação jurídica? A questão da desobediência às leis não possui acordo unívoco quanto à sua justificativa nas ciências sociais. O direito de desobedecer surge quando as obrigações assumidas em um grupo menor (minorias) entram em conflito com obrigações da maioria (sociedade civil), pois essa não flexibiliza o processo de inclusão social. Alguns grupos fazem reivindicações parciais e outros, totais, assim como desafiam o sistema jurídico estabelecido ou querem derrubar um governo. A ruptura, geralmente, é pontual em algum aspecto do sistema político-jurídico, isto é, fixa-se em cima de uma lei ou ato injusto de autoridade. Alega-se, em regra, que não pode haver qualquer obrigação de obediência às regras do Estado enquanto não se adotar o melhor procedimento requerido. A observância da obrigação jurídica por parte da grande maioria dos indivíduos é, ao mesmo tempo, a condição e a prova da legitimidade do ordenamento jurídico, cujas ordens são obedecidas como tais, independentemente de seu conteúdo.

A legalidade se relaciona, conceitualmente, com a segurança jurídica, a obrigação jurídica e a obediência. A categoria da legalidade se confunde com os fundamentos da organização do Estado. O Estado, ao positivar a lei, faz ao mesmo tempo duas coisas: primeiro, exige que todos os cidadãos obedeçam; segundo, nomeia determinadas pessoas para verificar se a lei é obedecida. Decorre dessa estratégia do Estado a criação de dois grupos de pessoas: indivíduos comuns e funcionários públicos (governados e governantes), estes

para efetivar ou dar consecução à ordem jurídica. Em termos absolutos, os próprios funcionários também são governados, devido ao sistema circular de poder e ao peso da hierarquia.

O direito, enquanto esfera do político, não se restringe apenas ao caráter jurídico normativo por englobar outras categorias metajurídicas, como a justiça, a moral e ordem pública. A resistência transcende a positividade jurídica por ser uma categoria supra-estatal⁽²⁰²⁾. O direito político de resistência é a expressão da autonomia da liberdade humana, consciente de suas possibilidades, a serviço das transformações sociais e do bem-estar social.

Desde muito cedo na história do Direito, consta que ele deve ser exercido dentro de certos limites éticos. O principal argumento ético reside no dever de obedecer a normas jurídicas que sejam razoáveis e justas, isto é, que sejam prescrições possíveis da conduta humana. A razoabilidade pode ter guarida nos denominados “princípios gerais do direito”, que são construções teóricas da experiência da cultura humana com base em presunções pelas quais se procuram identificar os fins sociais do direito, como a dignidade da pessoa humana, a justiça e a proporcionalidade.

A aceitação, o reconhecimento e o exercício de princípios éticos universais, entre os quais se encontra a resistência, dependem de um modo conjuntural da

²⁰² O modelo kelseniano do direito também nega a existência de qualquer parâmetro normativo anterior ou superior à realidade constitucional positiva. Desse modo, a interpretação que tem como fundamento o princípio da unidade e coerência do sistema. A compreensão constitucional busca uma fonte diferente daquela apresentada pelo positivismo, compatível com o pensamento jurídico jusnaturalista pois a constituição, pela própria natureza, não pode ter um conteúdo axiológico ligado apenas a normatividade.

democracia. Uma das possíveis manifestações da ética universal tem formulações concretas na teoria dos direitos humanos⁽²⁰³⁾.

A resistência deve ocorrer dentro dos limites da ética dos valores⁽²⁰⁴⁾, caso contrário essa conduta pode-se confundir com a ação criminosa comum. Para isso, há de se demonstrar que a resistência é justa e a causa realmente opressiva. A resistência será sempre precedida de uma oposição possibilitada pelo sistema político, pois a base legal do pluralismo será solapada quando os membros se recusarem completamente à obrigação jurídica.

A lógica da justificação jurídica da resistência transcende a evocação dos princípios éticos, pois tem de ser juridicamente fundamentada em conformidade com os princípios e preceitos de Direito. O Direito, como norma jurídica, opera como sinônimo de limite. As soluções estão nas gradações morais ou na teoria de justiça, combinadas com a hierarquia dos valores jurídicos. A função do Direito, como sabemos, é manter em equilíbrio os elementos sociais conflitantes e garantir a satisfação do bem-estar, e, por decorrência, repulsa o abuso de direito.

A idéia de pluralismo rende-se à sociedade civil, que se compõe de uma multidiversidade social, de grupos sociais, de partidos políticos, de movimentos sociais e de associações profissionais. Pluralismo "designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de

²⁰³ Vd. PERELMAN, Chàim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

²⁰⁴ NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. São Paulo: RT, 1997, pg. 52. A Ética dos Valores baseia-se na idéia de dever, segundo a qual todo o dever encontra fundamento em um valor. Só deve ser aquilo que é valioso e tudo o que é valioso deve ser. A noção de valor passa a ser o conceito ético essencial. A ética valorativa é uma inversão da tese de Emmanuel Kant que defende a idéia de que o valor de uma ação depende da relação da conduta com o princípio do dever, o imperativo categórico, na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*.

fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si”⁽²⁰⁵⁾.

No Estado em que não se aceita o pluralismo político, as leis podem considerar ilegais até as associações que planejam as formas mais restritas de objeção de consciência. Mesmo que a perseguição a essas ações seja não-sistemática, ainda assim força muitas vezes os grupos a negarem o sistema pluralista.

A resistência não abandona os quadros da ordem jurídica e exige, apenas, uma limitada negação das leis, o que a obriga a arcar com os custos dessa limitação, isto é, sua imputação de responsabilidade com o Estado. A resistência procura devolver as coisas a um estado de justiça que bloqueie a opressão.

Deve cuidar, porém, que o excesso não danifique seus próprios propósitos, porque o uso abusivo de um direito representa um ilícito. Talvez por si mesmo, muitas vezes, tem-se levado a admitir um mínimo de injustiça, caso seja preferível suportar algumas determinações do injusto para evitar que a mesma atitude de resistência cause opressões mais prejudiciais ou represente, ela mesma, o perigo de um excesso. Isso é razoável, porém é uma questão sobre a qual dificilmente podem ser feitas previsões teóricas. A recomendação da prudência indicará tanto os limites da ação como as condições de seu exercício e revelará, em definitivo, quando é chegado o momento de não tolerar mais.

²⁰⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1997, pg. 157-158.

2.4.2 Modelos políticos de resistência

As várias posições políticas da resistência operam na busca de fontes formais ou informais que legitimem o seu exercício no Estado de Direito. Para isso, as fontes de sua sustentação não estão adstritas aos comandos normativos, mas àquelas que possam alimentar essa justificação política. Trata-se de um problema de política jurídica⁽²⁰⁶⁾ que, além da sua função epistemológica de crítica, possibilita reconhecer a importância de a reforma constitucional absorver o direito de resistência. Acresce que o ordenamento pelo seu sistema de fontes jurídicas não pode deixar de consagrar o direito à resistência. Se, de um lado, o Estado reclama obediência às ordens emanadas de autoridades competentes, por que razão a lei não deve punir a autoridade que expede ordem ilegal ou pratica abuso de autoridade? Se é um direito resistir ao que é imoral, ilícito, cumpre ao Estado respeitar esse direito e consagrá-lo na Constituição, como fizeram muitos Estados.

A resistência, ao menos em tese, procura sua legitimidade moral na dignidade humana, solidificada como princípio jurídico. Mas a lógica da justificação da resistência transcende a evocação dos princípios éticos, pois tem de ser juridicamente fundamentada, seja no jusnaturalismo ou no positivismo jurídico. O direito de resistência não é unívoco quanto à teoria e à prática política. Da mesma forma, não tem um corte ideológico *a priori*, porque se pode apresentar contraditório em si mesmo, como as teorias liberais e socialistas e as de natureza anárquica. Mantém sua importância política na construção do Estado

²⁰⁶ Vd. MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris: 1994.

moderno, como também na consolidação da democracia na Europa do pós-guerra.

Quanto à justificação política, o direito de resistência consubstancia-se desde a teoria liberal, a socialista, a anarquista e a humanista. Mas como nos adverte Bobbio, em recente publicação, a eficácia da literatura sobre o direito de resistência suscitada pela Revolução Francesa perdeu consistência no século XIX, em grande parte, por duas razões: ideológica e institucional⁽²⁰⁷⁾.

Os liberais desenvolveram a tese de que os mecanismos institucionais jurídicos do Estado eram suficientes para fazer frente a qualquer situação de anomalia política. Com a experiência histórica, joga-se por terra a crença ilusória, de natureza liberal, de que o sistema jurídico era auto-suficiente. Já os socialistas, sem falar nos anarquistas, desenvolveram a crença no desaparecimento do Estado, e sem o Estado não há direito de resistência.

a) **LIBERAL**: segundo a teoria liberal lockiana, além de ser um direito a resistência é um dever. A resistência, em Locke, é tradutora da idéia de conflito, mas também de equilíbrio, sendo mais uma proteção da ordem do que uma garantia da liberdade. Baseando-se num largo domínio reservado em benefício do indivíduo, a resistência atinge seu apogeu no momento da eclosão das chamadas revoluções do liberalismo. O modelo lockiano atribui valor absoluto ao indivíduo e a propriedade, sendo que foram relativizados pelo Estado contemporâneo de natureza mais social. Assim, o indivíduo defende um direito, a liberdade ou a propriedade na presunção de estar exercendo a legitimidade social.

A constitucionalização da resistência no século XX também é resultado do deslocamento do Estado Liberal para o Estado Social, que permitiu um processo de ampliação de novos direitos. Mas, se a estratégia da constitucionalização da resistência tinha um sentido de dissimular a ideologização do conflito, numa perspectiva liberal, de outro lado, trouxe também uma "ratificação do ideal de justiça". Da mesma forma, desenvolveu-se na teoria do Estado Liberal⁽²⁰⁸⁾ a ilusão de que o sistema político-jurídico era auto-suficiente e afastava as tiranias quanto ao título ou quanto ao exercício.

O exercício do direito de resistência revela-se como defesa própria do indivíduo, ou de outrem, contra ordem injusta ou constrangimento de que seja vítima por parte de autoridade. A tirania do poder é um ato de força que se traduz em violação do direito e da justiça, corporificando-se numa agressão injusta aos cidadãos e à sociedade. Assim sendo, a resistência a essa tirania não o é à autoridade, mas à própria injustiça. Nesse sentido,

"a resistência civil não está relacionada com o *establishment*, mas com as modificações empreendidas no Poder Público, objetivando a ampliação da cidadania. O que importa não é o ser, mas o dever ser: único comportamento ativo e coerente que o cidadão ou o grupo social toma frente aos atos e normas arbitrárias e injustas do Estado"⁽²⁰⁹⁾.

A resistência é exercida em nome da soberania popular quando os condutores do Estado adotam posições arbitrárias e transformam o povo em instrumento de manipulação política. Ela só se justifica se for demonstrado que é

²⁰⁷ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo (Org). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. trad. Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, pg. 255.

²⁰⁸ O Estado liberal tem como idéia suporte a propriedade privada e a liberdade de motivação econômica (*laissez faire*), descreve uma condição natural de tendência para o equilíbrio na economia, premissa lógica da desnecessidade da intervenção política no setor.

²⁰⁹ COSTA, Nelson Nery. *Teoria e Realidade da Desobediência Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, pg. 146.

justa e que a causa político-jurídica é realmente opressiva. O abuso do poder e a não-legitimação política comprometem a normalidade da legalidade estatal moderna por configurar uma tirania, que se configura numa agressão injusta e violentadora dos princípios éticos e de direito.

Na filosofia liberal contemporânea, a "teoria da justiça" de Rawls⁽²¹⁰⁾ marca uma etapa decisiva quanto à problemática da desobediência civil, com influência em outros autores, como Dworkin⁽²¹¹⁾.

b) SOCIALISTA: os repertórios políticos socialistas não somente permitem explicar as variações históricas e sociais como ainda nos conduzem ao problema da ação coletiva, como problema fundamental: coletivo/indivíduo, igualdade/liberdade, modos de produção, interesse, conflito, classe social, distribuição dos bens sociais, justiça social etc.

Com as obras de Karl Marx (1818-1883) e Friedrich Engels (1820-1895) qualifica-se o embate político em nova formulação do Estado e produz-se um corte epistemológico na forma de pensar e praticar a política. As noções de política, revolução, história e natureza humana são severamente reconceituadas. Essas idéias disseminam-se por todo o mundo e crescem em todos os continentes, tendo seu ponto alto no séc. XX, com a Revolução Soviética de 1917.

Substancialmente, a perspectiva da resistência socialista opera em três modalidades: 1) luta pela igualdade social mediante organização do movimento

²¹⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. trad. A. Pisetta e L. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. O pensamento de Rawls tem causado profundo impacto nos campos da ética e da filosofia política e do direito. Desenvolve uma teoria da ética da justiça que retorna a perspectiva histórica contratualista (Hobbes, Locke, Rousseau e Kant). Critica a alternativa defendida utilitarista de Bentham por constituir um obstáculo para a efetivação dos direitos individuais.

²¹¹ DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

social; 2) demonstraco pública de força combinada com a desobediência civil; 3) pensamento e ao revolucionários contra a burguesia e direito  revoluo. A legislao socialista ratifica essa compreensão política; ela trata de uma exteriorizao eminentemente política, cimentada pelas forças políticas em movimento com a vontade de estabelecer uma nova ordem político-jurídica igualitária. A revoluo seria uma possibilidade, em face da discrepância entre a ordem vigente e a consciência política dos membros da coletividade.

Dentro do sistema socialista, como diz Pasukanis, o "direito enquanto fenômeno social objetivo não pode esgotar-se na norma, seja ela escrita ou não"⁽²¹²⁾. O direito  um fenômeno maior que a regulao jurídica, que antecede o conteúdo da norma ou  deduzida diretamente de relaoes existentes.

c) ANARQUISTA: a fonte de justificao anarquista traz a idéia da autonomia da liberdade individual que se antepõe a toda forma de poder sobre o homem, especialmente o poder do Estado. A prevaricao do Estado ou o não-cumprimento do dever, a que está obrigado em razão de sua natureza,  uma premissa necessária para não instaurar o reino da justiça, da liberdade e da paz. Dessa forma, o Estado deve perecer como qualquer tipo de poder sobre o homem, conforme os expoentes Henry David Thoreau (1817-1862), Leon Nicolaievitch Tlstoi (1828-1910), Mikhail Alexandrovitch Bakounin (1814-1876), Pierre Joseph Proudhon (1809-1865) e Piotr Kropotkin (1842-1921).

²¹² PASUKANIS, Eugeny B. *A Teoria geral do direito e o marxismo*. trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. pg. 57.

O discurso político moderno conhece, em 1849, o conceito de "desobediência civil" pelo ensaio clássico de Henry David Thoreau. Thoreau pensa que os princípios morais constituem um domínio privado do cidadão, sendo que todos os governos que tentam legislar a seu respeito são opressores. Adepto do anarquismo libertário⁽²¹³⁾, Thoreau é conhecido mundialmente pela sua prática "desobediente", principalmente pelo ato de recusa ao pagamento de taxas ao governo dos Estados Unidos da América destinadas a financiar a invasão do território mexicano – ele justificava o ato afirmando que a guerra era injusta. Em consequência do próprio ato de sonegação fiscal, que poderia levá-lo à prisão, responde: "Sob um governo que prende qualquer homem injustamente, o único lugar digno para um homem justo é também a prisão"⁽²¹⁴⁾. Um indivíduo isolado, como Thoreau, cujas experiências morais nunca foram além da sua pessoa, se, por um lado, não tem qualquer responsabilidade com a sociedade, de outro deve ser respeitado em sua liberdade individual de consciência, já que a resistência se manifesta sempre em relação a alguma coisa ou pessoa. A posse desse direito de resistência puramente individual é exercida na condição de membro do grupo social, uma vez que seu exercício pode ser individual ou coletivo.

d) HUMANISTA: essa concepção política mantém a idéia originária de salvaguardar a dignidade humana, fundada em razões humanitárias de justiça social e solidariedade dos povos. A par disso, o conteúdo da Constituição brasileira de 1988 revela a prevalência da orientação humanista, em conformidade com os Pactos de Direitos Humanos aprovados pela ONU.

²¹³ O anarquismo libertário propugna dois pontos de vista: primeiro, defende a violência cujo uso é lícito se voltada à recuperação da verdadeira liberdade; e, segundo, entende que toda organização política da sociedade deve desaparecer, por contrariar as exigências da natureza.

Também se refletem claramente muitas normas que integram instrumentos internacionais de afirmação e defesa de direitos humanos, mencionando-se expressamente a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república (art. 1º, III, CF).

O reconhecimento dos direitos humanos fundamentais corresponde a uma convicção profundamente arraigada na consciência humana, ou seja, a de que acima das leis positivas há um direito ao qual estas se devem conformar, para serem válidas e merecerem obediência. Tais direitos humanos identificam-se com o justo, que independe da vontade do Estado e decorre da própria natureza humana.

Étienne de La Boétie, enquanto humanista, propõe a resistência ao tirano e recupera a questão da liberdade originária do direito natural de forma pioneira, ao indagar: por que existe servidão e como tantos homens voluntariamente suportam o tirano, a partir da laicização de "um"?⁽²¹⁵⁾ Invoca-se uma justificativa assentada nas teorias humanitárias da dignidade da pessoa humana.

O exercício da resistência política se diferencia de todas as outras formas de desobrigação jurídica, pois registra uma forte conotação de justiça social, como foram os grandes movimentos sociais de desobediência civil de Mahatma

²¹⁴ THOREAU, Henry David. *Desobedecendo: Desobediência civil e outros escritos*. 2a.ed. trad. de J. A. Drumond. Rio de Janeiro: Rocco, 1986, pg. 37.

²¹⁵ LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso da servidão voluntária*. 4a. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987, pg. 74. O autor problematiza a nova forma política moderna do Estado como *potência plena*. De certo modo, ele constitui um comentário ao *Príncipe*: pouco importa que o soberano seja odiado, contanto que seja soberano, dizia Maquiavel. Para La Boétie, a razão servil se estabelece pelo costume e pelo aparato burocrático de submissão, garantido pelo seu caráter hierárquico, e a racionalização jurídica aliena o homem para um papel submisso dentro do processo judicial. O autor acrescenta que a liberdade originária se perde por força da subordinação dos homens ao Estado por meio da condição de "servidão voluntária", isto é, um processo de doação contínua do poder em favor do tirano, cessão que é, ao mesmo tempo, um gesto de abandono e um ato de esquecimento. A liberdade originária seria frágil e, uma vez subjugada, poderia se converter no seu reverso à servidão.

Gandhi⁽²¹⁶⁾, na Índia, e Martin Luther King⁽²¹⁷⁾, nos Estados Unidos. Semelhante foi também a manifestação de alguns grupos de protesto mobilizados em campanhas contra a guerra do Vietnã, na década de 1960. Naquele período o conceito da resistência se confunde, em muito, com o conceito de desobediência civil e vincula os movimentos sociais às suas respectivas lideranças.

Gandhi desenvolveu uma vasta gama de possibilidades teóricas e escaladas estratégicas de resistência que colocou em prática com notável êxito político contra o colonialismo britânico que subjugava a Índia. Da repercussão de negar vigência a atos injustos surge a resistência não-violenta, que não consistia apenas em aplicar certos métodos para a obtenção do máximo efeito, mas na adoção de uma atitude baseada na condição humana, envolvendo o homem como um todo, em cada aspecto de sua existência. Gandhi comparou os que praticavam a resistência não-violenta a soldados que tinham que estar prontos para sacrificar suas vidas. A coragem deles, porém, não é a coragem para a guerra, é a coragem para a paz. A grande arma dos desobedientes é a recusa em usar armas, significado maior da sua teoria de resistência passiva.

²¹⁶ Em 1930 lidera na Índia o *satyagraha*, conhecida como política da resistência passiva e da não-violência. Devido a essa estratégia da resistência passiva e a crença na tolerância religiosa, Gandhi torna-se um modelo de virtude na vida pública que inspira líderes como Martin Luther King e Nelson Mandela.

²¹⁷ Líder e ativista dos movimentos de direitos civis nos Estados Unidos, principalmente contra a segregação dos negros. Recebe o Prêmio Nobel da Paz em 1964. Em 1958 publica "A Caminho da Liberdade: A história de Montgomery" e, em 1961, "Viajantes da Liberdade".

Nos Estados Unidos, Martin Luther King mobiliza a questão dos movimentos pró-direitos civis, principalmente contra a segregação racial dos negros. Adepto da filosofia da resistência passiva e da não-violência de Gandhi, organiza um movimento social, de repercussão internacional contra a discriminação racial (*apartheid*) pela "força das palavras", que produziram enorme convencimento social, principalmente pela alta carga emotiva e racional dos argumentos, tornando o movimento vitorioso com o desfecho político da aprovação da Lei dos Direitos Civis, pelo Congresso norte-americano, em 1964. O conjunto desse movimento social, principalmente com a marcha de cem mil pessoas em Washington, sensibilizou a opinião pública de tal forma que pressionou o governo a revogar a lei da segregação entre brancos e negros.

De todas essas posições político-jurídicas que estão no entorno do direito de resistência, não há um consenso sobre seu conceito, classificação e métodos de exercício. No próximo capítulo faremos uma construção teórica sistematizada que unifique essas distintas categorias que denominamos de estatuto jurídico do direito de resistência.

CAPÍTULO 3

ESTATUTO DO DIREITO DE RESISTÊNCIA

3. ESTATUTO DO DIREITO DE RESISTÊNCIA

Este capítulo elabora o estatuto jurídico do direito de resistência. Parte-se do pressuposto de que a institucionalização do direito de resistência pelo Estado moderno pela via constitucional possibilitou sua estabilidade teórica. Isso significa dizer que a institucionalização da resistência proporciona uma estrutura jurídica (teórico-prática) de institutos, normas jurídicas (regras e princípios), jurisprudência, garantias fundamentais e doutrinas que formam os elementos conceituais e as classificações em uma unidade teórica que estrutura o estatuto jurídico do direito de resistência.

Há, como veremos, uma dificuldade conceitual para traduzir o direito de resistência nas formas convencionais da teoria do direito, principalmente quanto à descrição completa do seu fenômeno, do entorno das espécies e variáveis. Não há um "conceito operacional" assente na doutrina. Esse problema prejudica seriamente o direito de resistência, pois perde substância e se empobrece teoricamente. Sendo assim, a tese enfrenta o problema mediante a construção do conceito operacional em dois modelos (um político e outro jurídico) para sua maior densidade teórica, afim de organizar os discursos jurídicos, freqüentemente usados de modo indevido na literatura especializada.

A partir dessa construção conceitual é possível distinguir entre o direito de resistência e as suas aplicações práticas nas espécies ou modalidades

classificatórias (objeção de consciência; greve política; desobediência civil; direito à revolução e princípio da autodeterminação dos povos) e variáveis que se apresentam no exercício da resistência.

O problema constitucional do direito de resistência, fruto da institucionalização advindo da formação do Estado moderno, contribui sobremaneira para a construção conceitual e classificatória do fenômeno estudado. A admissão do direito de resistência como "realidade constitucional" se manifesta em disposições explícitas e implícitas, que permite a reflexão jurídica sobre a natureza e os fins do direito, como também faz alguns questionamentos não comuns à ordem jurídica: é lícito desobedecer às leis? E dentro de que limites? Essas são questões cruciais que pretendemos analisar neste capítulo.

3.1 A construção conceitual do direito de resistência

No processo de desenvolvimento histórico do instituto jurídico da resistência não há uma identidade única ou uma forma definida, exceto quanto aos fundamentos requeridos (jurídicos, políticos e morais).

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. O resultado

da deficiência conceitual produz, por decorrência, uma aplicação variada de sentido, sem muita especificação⁽²¹⁸⁾ no que toca a seu conteúdo preciso.

A resistência sob o ponto de vista conceitual é um "direito atípico"⁽²¹⁹⁾, isto é, que não consta da tipologia regular da teoria do direito e escapa aos arquétipos conhecidos do ordenamento jurídico. A natureza atípica significa também que não há necessidade da outorga do Estado, pois é um Direito que não consta da respectiva tipologia ou, de outra forma, é um direito fundamental que não se encontra constitucionalmente registrado através da sua especificação⁽²²⁰⁾. Como a resistência não possui forma própria na teoria do direito constitucional, pela dificuldade conceitual e pela sua natureza atípica, pode apresentar-se anterior ao ordenamento jurídico (jusnaturalista), e com ação e resultados contraditórios.

Esse direito de resistência, ainda que atípico ou sem recurso a um método tipológico, pertence à teoria do Direito, e, assim sendo, não se pode desvalorizar o fenômeno da resistência quando não se coaduna com os arquétipos jurídicos, só por ter uma natureza "atípica". Isso se deve a duas razões: primeira, o fenômeno da resistência é de difícil aferição, sem forma externa, apresentando-se internamente com conteúdo fragmentário, assistemático, contraditório e em possível colisão com outros direitos. Segunda razão, a resistência possui matizes de difícil delimitação, não tanto por deficiências de sua própria natureza, mas pela

²¹⁸ SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pg.196. Verbetes "especificação" é o substantivo geralmente empregado para designar o ato de distinguir as espécies das coisas ou subdividi-las do gênero, isto é, a demonstração, individualização das coisas por suas espécies.

²¹⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Madrid: Aequitas Ed. Notícias, 1995, pg. 40. Tanto o adjetivo "atípico" como o substantivo "atipicidade", designam essa característica de os direitos fundamentais não se encontrarem constitucionalmente registrados através da sua especificação.

²²⁰ GOUVEIA, Jorge B. *Os direitos fundamentais atípicos*. ob., cit., pg 40.

dificuldade de esquematização dos limites e das condições de uma ação que pode revestir-se das mais heterogêneas formas.

3.1.1 Análise dos conceitos estabelecidos

A resistência, com vimos, não assegura consenso sobre sua existência jurídica e muito menos quanto a sua efetividade jurídica. Há conflitos conceituais desde a interpretação elementar da resistência até sua especulação teórica mais refinada, a respeito de seu significado e de como se apresenta. Esse problema pode ser constatado pelos autores (internacionais e nacionais), como veremos, adiante.

Para Burdeau, a resistência funciona como a salvaguarda da integridade da idéia de Direito. Nesse caso, o direito de resistência funciona como mecanismo de preservação da ordem social⁽²²¹⁾; já em Duguit, a resistência reforça a noção de Direito Natural como limite da ação do Estado, e, para tanto, se o governo ofende essas leis cabe ao povo derrubá-lo. Nesse caso, o direito de resistência toma a forma de direito à revolução⁽²²²⁾. Da mesma forma, para Baldi o direito de resistência pode ser traduzido, em última instância, em recurso ao uso da força

²²¹ BURDEAU, Georges. *Les liberts publiques*. Paris: Libraire Générale de Droit de Jurisprudence, 1972, pg. 518. "A eventualidade da resistência salvaguarda a integridade da idéia de direito sem comprometer-lhe a indispensável mobilidade. A própria ordem implica na adequação dos meios ao fim que se tem em vista. É, assim, necessário que se respeite a proporcionalidade entre a forma da resistência e a finalidade que ela se propõe. Se, por exemplo, uma mudança de legislação pode ser obtida por eleições oportunas, é inadmissível que seja concretizada por medidas de resistência brutais".

²²² DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2a ed. Tomo I. Paris: 1925, pg. 514-516. "Todo governo que de uma maneira permanente dita leis atentatórias ao direito superior que se impõe ao Estado, que pratica ou permite atos arbitrários em violação das leis existentes, é um governo tirânico que atraiçoa sua missão; e o povo que faz uma revolução parra derrubá-lo realiza, sem dúvida, um ato legítimo".

como aplicação do direito de legítima defesa⁽²²³⁾; também para Canotilho a resistência é a *ultima ratio* do cidadão⁽²²⁴⁾.

Suárez agrega força moral às normas jurídicas, pois estas devem ser justas para terem a devida obediência⁽²²⁵⁾; Sanctis também reforça a noção de que a obediência necessita de um governo legítimo, caso contrário cabe a desobediência às leis⁽²²⁶⁾; Gierke vê os deveres de obediência dos indivíduos como deveres condicionais, e concede o direito de resistência ativa contra as medidas tirânicas que extrapolem o contrato político⁽²²⁷⁾;

Meyer leciona que qualquer grupo de cidadãos, em virtude do direito pessoal inerente a cada indivíduo, pode, em caso de extrema necessidade, reunir as forças para opor a uma opressão comum o feixe de uma resistência coletiva⁽²²⁸⁾; Para Schmitt, o direito de resistência pertence, de modo essencial, aos direitos fundamentais, sendo o meio mais extremo de defesa, inalienável mas também inorganizável⁽²²⁹⁾.

Destacamos três juristas brasileiros: Pedro Nunes conceitua a resistência como o direito de todo cidadão resistir, em defesa própria ou de outrem, contra

²²³ BALDI, Carlos. "Autodeterminação". In: BOBBIO, N. (at alii) *Dicionário de Política*. ob., cit., pg. 73.

²²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. ob., cit., pg. 663. "O direito de resistência é a *ultima ratio* do cidadão ofendido nos seus direitos, liberdades e garantias, por actos do poder público ou por acções de entidades privadas".

²²⁵ SUÁREZ, Francisco. *De legibus et de natura legis*. Madrid: Enciclopedia de Derecho. Vol. XI, 1971, pg 112. "En segundo término, deducimos de cuando se ha dicho que la ley carece de esta justicia o rectitud no es ley ni obliga ni puede siquiera cumplirse, esto es claro, porque una justicia opuesta a esa rectitud de la ley es también contraria al mismo Dios, pues lleva consigo culpa y ofensa a Dios. Luego no cabe lícitamente su observancia".

²²⁶ SANCTIS, F. *Diritto di resistenza*. In: *Enciclopedia dei Diritti*. Vol. XXXIX, Milano: 1988, pg. 995. "Diritto di resistenza è il diritto di un soggetto (individuo, gruppo, popolo) di non obbedire a un potere illegittimo o agli del potere non conformi al diritti".

²²⁷ GIERKE, Otto. *Political theories of the Middle Age*. trad. F. W. Maitland. Cambridge: Cambridge, 1987, pg. 43.

²²⁸ MEYER, V. *Intitutiones juris naturalis*. Paris: Friburgi Brisgoviae, 1900, pg. 532.

²²⁹ SCHMITT, Carl. *Teoria da constituição*. Buenos Aires: Depalma, 1965, pg. 104.

ordens ilegais ou injustas⁽²³⁰⁾; De Plácido e Silva diz que a resistência é revelada pela inexecução de determinado ato⁽²³¹⁾; e, da mesma forma, Machado Paupério leciona que o direito de resistência está relacionado à não-suficiência de sanções jurídicas estatais para conter a injustiça da lei ou dos governantes; "por isso, reconhece-se aos governados, em *certas condições*, a recusa da obediência. Esta, contudo, pode assumir tríplice aspecto: a oposição às leis injustas, a resistência à opressão e a revolução"⁽²³²⁾.

Os autores aqui citados ora dão mais ênfase a argumentos políticos, ora a argumentos jurídicos que, resumidamente, podem ser agrupados em três características: a) a resistência como instrumento "fiscalizador" dos direitos naturais (as leis positivas devem estar em justaposição com sua natureza e finalidade). Assim, cabe resistência quando as leis positivas extrapolam os limites do direito natural; b) a resistência tem um conteúdo especificamente político e se aplica basicamente ao problema do poder ilegítimo; c) a resistência surge em decorrência de problemas jurídicos de leis e atos injustos, e sua finalidade é estabelecer a condição do "justo".

As diferentes conceituações, tendo por foco as atitudes metodológicas (políticas, jurídicas e morais), se equivocam no essencial, conduzindo-se

²³⁰ NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 13ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pg. 947.

²³¹ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. ob., cit., pg. 712. "Do latim *resistentia*, (resistir, opor-se, reagir), em sentido lato entende-se toda reação ou oposição, a que faça ou se execute alguma coisa. (...) Dessa maneira, a resistência pode mostrar-se a oposição pela força ou violência, como se pode fundar na omissão ou na inação. No primeiro caso, ter-se-á a resistência ativa, firmada em atos de violência ou em ameaças. No segundo caso, há a resistência passiva, que se assemelha à desobediência, quando se revela o não cumprimento à ordem recebida".

²³² PAUPÉRIO, Arthur Machado. *O direito político de resistência*. ob., cit., pg. 11.

conseqüentemente para extremos ou ampliando muito ou restringindo em demasia. A extrema amplidão acontece devido à equivocada concepção conceitual de que o direito de resistência é "puro fato" social ou político fora do texto constitucional. Já a extrema restrição advém da estrita visão das formas jurídicas, valoradas apenas quando constam do ordenamento jurídico.

Esses conceitos são tão díspares que operam sentidos diversos, tanto que o sentido de um pode estar compreendido em outro. Além dessas características, os autores enunciam certos conceitos como sinônimos de direito de resistência, tais como: revolução, desobediência às leis, legítima defesa, oposição às leis injustas e resistência à opressão, objeção formal ou objeção de consciência. Da mesma forma, o direito de resistência não é sinônimo de "direito de oposição"⁽²³³⁾. É claro que a resistência possui afinidades teóricas com esses conceitos, só que a resistência é mais genérica e os outros são manifestações específicas; na Teoria do Direito, classificam-se em gênero e espécie.

Esses problemas conceituais não são benéficos ao conteúdo e muito menos ao exercício do direito de resistência. Esse prejuízo se comprova com a simples análise dos discursos políticos proferidos na Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988). A ausência de um conceito operacional do direito de resistência levou a perda da consistência do debate político e jurídico. A confusão terminológica causou perda da defesa na ANC, pois, em regra, não se fez distinção entre conteúdo e forma, entre gênero e espécie, como se evidencia de plano nas seguintes situações: o direito de resistência foi confundido com a

²³³ LEITÃO, J. M. Silva. *Constituição e direito de oposição*. Coimbra: Almedina, 1987, pg. 70. Há distinção entre *resistência* e *oposição*. O direito de oposição política no âmbito da ordem constitucional restringe-se a um juízo de valor contrário a alguma coisa ou pessoa.

desobediência civil⁽²³⁴⁾; com o direito à revolução⁽²³⁵⁾; com o problema penal do linchamento⁽²³⁶⁾; e com a violência urbana⁽²³⁷⁾. Os constituintes, ao se referirem ao tema, fazem tanta confusão que o Deputado José Genoíno (PT/SP), o maior defensor do direito de resistência na ANC, na sua própria defesa usa inadequadamente três conceitos distintos como sinônimos de resistência: direito de insurgir, direito à rebelião e direito à desobediência civil⁽²³⁸⁾.

²³⁴ Prof. Carlos Roberto Siqueira de Castro (PUC/RJ). Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Audiência Pública. Vol. 02, 27/05/1987. "(...) Em outras palavras é o chamado direito político de resistência ou de desobediência civil. Esse é um tipo de direito que normalmente as Constituições não explicitam, mas que é autorizado pela teoria constitucional democrática".

²³⁵ Prof. Pedro Figueiredo (ESG/RJ). Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Suplementos Atas das Comissões. Vol. 5, 18/07/1987, pg. 39. "(...) Na verdade a desobediência civil não se caracterizaria, vamos dizer assim, pôr uma rebeldia em relação ao conjunto do ordenamento jurídico, mas a resistência em relação a determinados pontos do ordenamento jurídico, e ela se caracteriza exatamente pela submissão ao ordenamento jurídico, de maneira protestativa, digamos assim. Ela não se faz com violência; ao contrário, há essa característica de não violência, que marca uma diferença muito grande em relação ao direito político de resistência clássico, que é o direito à revolução, que entendemos como um direito natural".

²³⁶ Dep. Cândido Mendes (PMDB/RJ). Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Vol. 2, 27/05/1987, pg. 69. "Enfrentamos o problema na Comissão Afonso Arinos, quando discutimos um direito que está na Constituição portuguesa, e que certamente os Srs. Constituintes terão diante de si, que é o chamado direito de resistência. Quer dizer, que é a capacidade que tem a sociedade de fazer justiça com as suas próprias mãos? Esse é outro aspecto dessa colocação. Só uma Constituição moderna chegou, depois de o período de ditadura, a esse ponto de direito de resistência, que inclusive é uma outra grave responsabilidade desta Comissão. Ele será o constitutivo da defesa, por exemplo, dos sem-terra. Pergunta-se: o direito de resistência, permitindo a imediação de determinadas relações de integridade física ou até de inserção num espaço jurídico, pode, de fato, ser compartilhado com o Estado de Direito? Esse é um dos maiores problemas que temos. O problema da comoção instantânea, como resposta ao problema do linchamento, fica nesse aspecto ou ainda ligado ao Código Penal - vejo que há exímios penalistas aqui dentro - ou ao ponto de vista de que a matéria vem para a Constituição".

²³⁷ Dep. Vitor Faccioni (PDS/RS). Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 21/07/1987, pg. 5285. "(...) a crescente violência urbana. Sintoma disso é o aumento na compra de armas de fogo e o ingresso nos cursos que ensinam a atirar. "Os bandidos já estão armados, os cidadãos comuns só estão num processo de defesa", sentencia o advogado criminalista Oswaldo Lia Pires, enquanto Agostinho Veilt, presidente do Movimento dos Direitos Humanos, condena a visão belicista, argumentando que a violência não se resolve com postura idêntica. Para Veilt, o indivíduo deve reagir contra o Estado".

²³⁸ Dep. José Genoíno (PT/SP). Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Ata de Votação do Projeto de Constituição do Relator Bernardo Cabral, 27/01/98, pg. 914.

3.1.2 Conceito operacional

A robustez teórica da tese depende de um conceito operacional do direito de resistência, para isso é fundamental termos um acordo semântico, uma unidade de sentido para ser assente doutrinariamente. A construção conceitual acompanha a construção classificatória, e para isso deve ter em vista alcançar o maior conteúdo possível sobre o fenômeno estudado, de modo a evidenciar o conceito matriz (gênero) e suas espécies, isto é, os elementos nucleares das modalidades e as respectivas variáveis da resistência.

A expressão "direito de resistência" é, em abstrato, suscetível de diversos tipos de abordagem, independentemente do lugar constitucional que se lhe pretenda 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. O conceito de "direito" (capacidade subjetiva das pessoas de exercerem ou não a ação humana) e o conceito de "resistência" (capacidade de alguém assumir uma posição contra alguma pessoa, bens ou Estado) estão ambos assentados numa concepção de Estado e de sociedade democrática.

Então, pela aderência conceitual dos termos substantivos, deve atentar para duas considerações metodológicas: primeiro, identificar as manifestações empíricas do fenômeno da resistência e analisar as respectivas peculiaridades no interior desse fenômeno; segundo, organizar e sistematizar a resistência de acordo com a metodologia do direito constitucional, como as normas

constitucionais, jurisprudência e a prática constitucional, para ganhar a devida consistência teórica e que alcance maior coerência jurídica.

Dessa forma, estabelecem-se dois conceitos operacionais, um em sentido político e outro em sentido jurídico, respectivamente:

a) direito de resistência é a capacidade de as pessoas ou os grupos sociais se recusarem a cumprir determinada obrigação jurídica, fundada em razões jurídicas, políticas ou morais;

b) direito de resistência é uma realidade constitucional em que são qualificados gestos que indicam enfrentamento, por ação ou omissão, do ato injusto das normas jurídicas, do governante, do regime político e também de terceiros.

A determinação material dos conceitos enfatiza critérios que possibilitam formular aspectos gerais (políticos) e específicos (jurídicos) que permitem aduzir que: a) admite a ampliação teórica do fenômeno da resistência, independentemente da concepção política do ordenamento jurídico; b) quando reconhecida, do ponto de vista material, significa um reforço das garantias fundamentais que não permitem a dissolução da sociedade (Locke); c) os elementos conceituais se apresentam formalmente dependentes dos demais direitos e garantias constitucionais, pois não possuem autonomia específica relativamente ao ordenamento jurídico; d) quando a resistência for institucionalizada sua efetividade fica reforçada, assegurando, desse modo, não só sua substância como também sua defesa contra modificações ilegítimas que visem à dissolução do Estado, temor maior de Hobbes.

Essa construção conceitual do direito de resistência necessita de uma aproximação com outros conceitos e institutos jurídicos extraídos da própria ordem constitucional. Dessa forma, a construção do conceito operacional no âmbito da ordem constitucional identifica os contornos do fenômeno da resistência. Os critérios políticos e jurídicos são constitucionais, mas tentar clarificar esses critérios implica a interrogação em que perspectiva é analisada. A teoria crítica aos fundamentos da ordem jurídica, questionando a qualidade, a extensão e a finalidade dessa ordem, permite o melhor desenvolvimento teórico do tema. Essas "estruturas fundantes" e o critério constitucional tornam possível essa construção conceitual para a práxis constitucional. Isso não quer dizer que esse conceito operacional seja absoluto e que não permita suscitar dúvidas na sua efetivação, principalmente nas modalidades de resistência em que não fica clara a admissibilidade constitucional.

A estrutura conceitual, como vimos, usa dois critérios: um, político, de natureza genérica, e outro jurídico, de natureza restrita. Se, de forma restrita, fosse conceituado o direito de resistência apenas numa perspectiva jurídica, afastar-se-ia por completo sua dinâmica política, e vice-versa. Da mesma forma, não se pode reduzir a resistência à permanente reação da sociedade "contra" o Estado, pois ela pode-se apresentar com certa aproximação com o Estado, haja vista a modalidade de objeção de consciência militar (Vd. Cap. 4, seção 4.3.1.).

Essa simples constatação impõe o uso adequado do conceito operacional para que se otimize esse desequilíbrio teórico extremado.

3.2 Classificação do direito de resistência

Há variadas concepções quanto à classificação do direito de resistência. A classificação que construímos está de acordo com sua unidade temática ou tem semelhança de conteúdo com a resistência, dentro da nova sistemática conceitual.

Nesta seção vamos analisar as classificações do direito de resistência, que se desdobram dentro de proposições metodológicas de espécies ou modalidades. Antes de tudo, para classificarmos o direito de resistência temos que sistematizar em sentido jurídico os elementos "classificadores" em gênero e espécie. Entende-se gênero como o núcleo central do fenômeno, que é propriamente o direito de resistência, e as espécies são todas as decorrentes dessa matriz teórica. Através dessas classificações, clarificam-se com mais nitidez as modalidades, principalmente quanto a seu propósito, alcance e domínio.

A matriz classificatória está assentada na descrição empírica do fenômeno da resistência, obedecendo a uma ordem de graus da intensidade política em que se observa a repercussão na sociedade e no Estado e os meios usados no exercício do respectivo direito. Essa construção classificatória se inicia com a espécie de resistência de menor intensidade, informando sua respectiva particularidade, isto é: 1) objeção de consciência; 2) greve política; 3) desobediência civil; 4) direito à revolução; 5) princípio da autodeterminação dos povos. Essa classificação não é exaustiva, pois muitas vezes os elementos de análise habitam uma área de difícil identificação entre gênero e espécie.

3.2.1 Objeção de consciência

A objeção de consciência, enquanto espécie do direito de resistência, é a recusa ao cumprimento dos deveres incompatíveis com as convicções morais, políticas e filosóficas. A escusa de consciência significa a soma de motivos alegados por alguém, numa pretensão de direito individual em dispensar-se da obrigação jurídica imposta pelo Estado a todos, indistintamente.

A objeção de consciência se caracteriza por um teor de consciência razoável, de pouca publicidade e de nenhuma agitação, objetivando, no máximo, um tratamento alternativo ou mudanças da lei.

A objeção de consciência, segundo John Rawls, é o não-cumprimento de um preceito legal ou administrativo mais ou menos categórico⁽²³⁹⁾. Os elementos determinantes do caráter relacional da decisão da objeção de consciência devem levar em conta que esta

“não significa um simples convencimento subjetivo que pode abarcar toda ocorrência, capricho ou pensamento fantástico, senão uma decisão adotada com toda seriedade na luta pelo conhecimento do eticamente justo”⁽²⁴⁰⁾.

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

²³⁹ RAWLS, John. Teoria de la Desobediencia Civil. In: DWORKIN, R. *Filosofia dei Derecho*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1980, pg. 177.

²⁴⁰ WELZEL, H. *Ley y Conciencia*. trad. E. G. Valdés, In: *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1962, pg. 94. “No significa un simple convencimiento subjetivo que puede abarcar toda ocurrencia, capricho o pensamiento fantástico, sino una decisión adoptada con toda seriedade en la lucha por el conocimiento de lo éticamente justo”.

indivíduos. Nisso, a objeção de consciência coincide com as liberdades públicas clássicas que impõem um não-fazer, estabelecendo uma fronteira em benefício do titular do direito que não pode ser violada por quem quer que seja. 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.

A objeção de consciência surge historicamente como problema religioso da independência do indivíduo religioso com a autoridade religiosa ou com o Estado, que mais tarde se torna uma prescrição política de ordem política (liberal), com grande ressonância no Ocidente com a defesa dos direitos individuais. Os objetores reivindicam a adequação normativa com a consciência particular, para evitar que uma lei positiva, ainda a pretexto do bem comum, seja contrária à moral religiosa⁽²⁴¹⁾.

Todas as razões alegadas pelos objetores de consciência derivam da reivindicação da autonomia da consciência humana e exigem respeito por parte da organização política.

Não se pode elaborar uma justificação da objeção de consciência sem fazer uma referência ao jusnaturalismo que, em regra, sustenta que a consciência

²⁴¹ Seguindo uma tradição judaica o segundo dia do Rosh Hashanah (Ano Novo judaico) termina uma hora após o cair do sol, o que este ano corresponderá às 18:30. Tendo em vista que o horário do dia da eleição acaba às 17:00h, os brasileiros de fé judaica requerem a prorrogação de duas horas para votar. Não é propriamente de uma objeção de consciência eleitoral e sim de consciência religiosa, já que querem votar sem pecar.

individual está acima de cada lei e que é legítimo resistir em nome dos direitos naturais ou da humanidade ofendida, pois o ato impugnado repugna a consciência. A matriz da objeção de consciência está na reprovação da lei injusta em nome de uma ordem superior "justa", uma ordem moral.

O direito do Estado, assim, não alcança o foro íntimo, a privacidade da pessoa. O que a objeção de consciência reclama é a não-ingerência do Estado em assuntos privativos da consciência individual, que também se confunde com a dignidade humana, agora solidificada como princípio constitucional (art. 1º, III, CF).

A objeção de consciência, enquanto autodeterminação consciente da vontade individual, opera como sinônimo de livre arbítrio e tem natureza personalíssima, como as decisões relativas ao próprio corpo (como a objeção às vacinas, aos testes de sangue, à concepção, ao aborto, à doação de órgãos, ao tratamento médico etc.).

Além da questão de convicção religiosa, filosófica ou política como imperativo de consciência, o objetor deve invocar uma questão jurídica. Da mesma forma, aquele objetor que não justificar adequadamente sua demanda está sujeito à devida responsabilização, o mesmo ocorrendo com aquele que alega falsamente a objeção.

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⁽²⁴²⁾, outros a estabelecem em leis extravagantes⁽²⁴³⁾ e outros ainda pela hermenêutica jurídica⁽²⁴⁴⁾.

Tipos de objeção de consciência

1º) objeção de consciência militar – a objeção de consciência ao serviço militar, nos países onde a lei a reconhece, é omissiva, individual, pública, pacífica, parcial. O Brasil reconhece expressamente esse direito no texto constitucional, de forma genérica e específica, respectivamente nos arts. 5º, VIII c/c art. 143, § 1º, CF.

Durante a guerra do Vietnã e as guerras de libertação nacional das colônias da Argélia, Angola e Moçambique, os soldados norte-americanos, franceses e portugueses, respectivamente, apresentaram mais intensamente demandas da objeção de consciência militar.

2º) objeção de consciência ao exercício profissional – trata-se de uma incompatibilidade moral entre o profissional e o serviço solicitado, como é o caso

²⁴² A Alemanha consagra o direito à objeção de consciência no art. 4.3. da Lei Fundamental de 1949: "Ninguém será obrigado, contra sua consciência, a servir com armas na guerra. A regulação se fará por lei federal". A Constituição da Espanha, de 1978, expressa no art. 16.1: "Se reconhece a liberdade ideológica, religiosa e de culto dos indivíduos e das comunidades sem nenhuma restrição em suas manifestações, que seja necessária para a manutenção da ordem pública protegida pela lei"; A Constituição de Portugal de 1976 e as sucessivas reformas mantiveram a objeção de consciência, expressamente no art. 41.6, "*in verbis*": "Garante-se o direito a objeção de consciência, nos termos da lei".

²⁴³ A França é considerada como o primeiro país no mundo a reconhecer a objeção de consciência, desde 18 de agosto de 1793, especificamente, para o serviço militar quando instaurou o serviço militar obrigatório e excluiu deste dever os praticantes religiosos sabatistas. Essa decisão foi fonte de direito para outros povos. Contemporaneamente, dois outros documentos legislativos regulam a matéria: a Lei de Recrutamento Militar de 1963 e a Lei de 1971, que dá nova redação ao Código Militar Nacional; Nos Estados Unidos da América, o reconhecimento tem antecedentes na Constituição de 1787. Três documentos legislativos tratam da objeção de consciência: *Draft Act de 1864* (Lei do Recrutamento Militar); *Draft Act de 1917 e Selective Training and Service Act de 1940*.

²⁴⁴ A Constituição Italiana de 1947 adota a objeção de consciência e a estabelece, implicitamente, no art. 52.2, que está regulado na Lei N° 772, de 15 de dezembro de 1972.

de algumas profissões, como a dos advogados. O Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/94, art. 33, § único) estabelece a recusa do patrocínio de uma causa por razões de foro íntimo.

3º) objeção de consciência à obrigação sanitária e tratamento médico – trata-se da recusa ao tratamento médico e a tratamentos sanitários obrigatórios impostos pelo Estado para prevenir determinada enfermidade. De um lado, cabe ao Estado a tutela do direito à vida e à saúde coletiva, de outro cabe o respeito à liberdade individual. Mas, da mesma forma, cabe ao objetor o dever de não prejudicar terceiros, pois concorre individualmente com a devida responsabilização jurídica. O respeito à atitude individual da objeção de consciência deve estar em harmonia com os direitos dos não-objetores.

4º) objeção de consciência ao aborto – refere-se à recusa por parte dos profissionais de saúde ou da instituição hospitalar à prática do aborto, independentemente da licitude do ato. Com isso se reconhece o direito de objeção de consciência para negar a prática do aborto por motivos morais, não caracterizando discriminação pelo exercício desse direito. No caso do aborto necessário, onde não há outro meio de salvar a vida da gestante, a recusa acarreta o crime de omissão de socorro (art. 128, I c/c art. 135, CPB).

5º) objeção de consciência à obrigação de doação de órgãos – essa objeção está regulamentada pela Lei de Doação Presumida (Lei 9.434/97 e Decreto nº 2.268/97). A lei declara todos os brasileiros potenciais doadores universais, e para tanto presume-se autorizada a doação de órgãos. Nesses casos, a lei criou a fórmula ideal, reconhecendo a autonomia individual ao permitir a declaração de vontade de “doador” ou “não-doador” nos documentos de

identidade. O objeitor (não-doador) não precisa justificar ou abrir processo administrativo, basta declarar sua vontade em uma nova Carteira de Identidade Civil⁽²⁴⁵⁾ ou na Carteira Nacional de Habilitação⁽²⁴⁶⁾. A lei, ainda, trata da retirada compulsória de órgãos e cria um novo instituto jurídico, os “não-doadores”. Fora os equívocos da lei, ela regulamenta uma disposição constitucional (art. 199, § 4º, CF), além de ter um grande alcance social.

6º) objeção de consciência ao trabalho nos sábados – refere-se às questões de natureza religiosa, e pode ser reconhecida pelo princípio da autonomia dos contratos trabalhistas entre patrões e empregados em aceitar a liberalidade de dispensa de trabalho aos sábados. A Organização Mundial do Trabalho – OIT reconhece no art. 6º da Declaração Universal de 1981 o sábado como um dia festivo, segundo determinada religião, embora não haja amparo legal para que se guarde outro dia que não o domingo.

O Serviço Público Federal e o Serviço Público do Estado do Rio de Janeiro, precisamente na área da educação, recomendam às unidades escolares não marcarem exames escolares aos sábados pelo simples fato de o aluno professar religião que lhe mande guardar o sábado como dia santificado⁽²⁴⁷⁾. Desse modo,

²⁴⁵ O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou a alteração dos artigos 33 e 34, do Regulamento Geral, que autoriza o advogado a requerer o registro na sua carteira profissional as expressões “doador de órgãos e tecidos ou não-doador de órgãos e tecidos”.

²⁴⁶ O Conselho Nacional de Trânsito expediu a Resolução nº 828/97, onde dá nova redação ao art. 104, da Resolução 734/89, *in verbis*: Por ocasião da emissão, renovação ou a qualquer tempo, desde que solicitado, o Departamento de Trânsito (DETRAN) deverá anotar no campo “observações” da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), uma das seguintes expressões; “Não-Doador de Órgãos e Tecidos” ou “Doador de Órgãos e Tecidos”.

²⁴⁷ Recomendação do Ministério de Educação e Cultura expressa na Circular Nº 11/GAB/DAU/BSB, de 09/03/78, do Diretor-Geral do Departamento de Assuntos Universitários. Da mesma forma, a Secretária Estadual de Educação do Rio de Janeiro, pelo Diretor-Geral do Departamento de Educação, no Ofício-Circular Nº 57/ECDE/79, Rio de Janeiro, de 26/06/79, ratifica a recomendação do MEC, e adverte que os Diretores que marcarem provas aos sábados tenham motivação administrativa justificada.

as instituições de ensino podem marcar as prestações alternativas a qualquer dia e hora, conforme sua discricão administrativa. Os objetores mais conhecidos são os Adventistas do Sétimo Dia, que se negam a trabalhar nos sábados por razões religiosas.

7º) objeção de consciência eleitoral – nessa objeção o eleitor se recusa a participar do processo eleitoral sob duas alegações: primeiro, como cidadão não quer participar da produção do poder político; segundo, quer participar, mas os partidos ou candidatos apresentados ao pleito estão em desconformidade com sua consciência política. A justificação jurídica do objetor centra-se na alegação do pluralismo político e jurídico como princípios do Estado Democrático (art. 1º, IV, CF), na escusa de consciência e na justificativa eleitoral (art. 5º, VIII, CF c/c art. 7º, CE). Da mesma forma, pode-se desenvolver a tese de que o sufrágio é um direito e não um dever (art. 14, § 1º, I, CF), e que a soberania popular é a livre manifestação do povo e não uma obrigação. Todos têm os mesmos direitos, mas nem todos têm a mesma vontade de participar da vida política da nação por terem, também, diferentes consciências políticas. De outro lado, a defesa do Estado centra-se na alegação de que se o eleitor não estiver de acordo com os candidatos deve votar em branco, cumprindo o dever de votar imposto na Constituição.

3.2.2 Greve política

A "greve é o exercício de um poder de fato dos trabalhadores com o fim de realizar uma abstenção coletiva do trabalho subordinado"⁽²⁴⁸⁾. Trata-se de uma medida excepcional de resistência, da mesma forma que as outras modalidades de resistência lícita, como a legítima defesa, a defesa possessória e o estado de necessidade (Vd. Cap. 4, seção 4.3.3). A greve não é somente uma prova de força no confronto, mas também um fator de identidade, um elemento que permite aos trabalhadores se reconhecerem como classe em oposição a uma outra (choque de classe). A greve é sempre uma ação coletiva, que exige um grau de organização e se acompanha geralmente por ações políticas, como assembleias, passeatas, piquetes.

A greve é convocada, em regra, pelo sindicato, que decorre das liberdades de associação e de expressão. A energia da greve é a sua legitimidade. Pode-se dizer, por exemplo, que nem toda greve é legal, mas quase toda greve é legítima. Não é um simples direito dos trabalhadores, mas um direito instrumental e, desse modo, se insere no conceito de garantia constitucional (art. 9º, CF). Nesses casos, recomenda-se a combinação da ação política com a ação jurídica, como o mandado de segurança ou ações ordinárias.

A greve tem sido um recurso importante na ampliação dos direitos, principalmente os socioeconômicos. No fim do século XIX e no início do século XX as massas operárias procuravam, através da greve, conseguir não somente um melhoramento das próprias condições de salário e de trabalho, mas também a extensão do sufrágio universal, antes restrito ao regime censitário. Ainda hoje

muitos movimentos operários se servem da greve (especialmente a greve geral) para impor ao Estado a adoção de políticas econômicas e sociais ou de leis a eles favoráveis⁽²⁴⁹⁾.

Os dois elementos que definem a greve são: o sujeito e a modalidade da ação conflitual. Quanto aos tipos de greves, elas se classificam:

a) quanto à amplitude: totais e parciais; b) quanto a sua finalidade: de reivindicações, políticas, de solidariedade, de protesto, ofensivas (para melhorar as condições existentes), defensivas (para mantê-las); c) quanto ao modo de serem declaradas: pelos organismos de classe e pelos próprios operários; d) quanto ao aspecto legal: lícitas e ilícitas, legais e ilegais; e) quanto ao prazo para declaração: instantâneas e sujeitas a pré-aviso; f) quanto ao desenvolvimento, pacíficas e violentas⁽²⁵⁰⁾.

Não existem greves que se compõem apenas com uma dessas classificações, pois sempre há outras variáveis que podem ser propostas. O que se deve buscar para verificar se uma greve é de natureza reivindicatória ou política são os fatores que consubstanciam os seus propósitos. A greve reivindicatória, em regra, visa à ampliação dos ganhos materiais ou à melhoria das condições de trabalho, ou objetiva garantir apenas as vagas de trabalho.

A greve trabalhista reivindicatória assenta-se na questão econômica, salarial e nas condições de trabalho, enquanto a greve política enfoca as questões políticas do Estado. Na relação trabalhista entre patrão e empregado há

²⁴⁸ MAZZONI, Giuliano. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, pg. 223.

²⁴⁹ REGINI, Marino. "Greve". In: BOBBIO, N. (at alii) *Dicionário de Política*. ob., cit., pg. 560-561.

²⁵⁰ GARCIA, Paulo. *Direito de greve*. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1961, pg. 22.

consensos provisórios, embora permaneçam os interesses contrariados. Um indivíduo pode vender seu trabalho a outro, mas não pode vender ou abrir mão do seu direito à defesa pessoal que, no Direito Penal, se caracteriza como legítima defesa, independentemente das restrições legais. Como bem diz o jurista Amauri Mascaro Nascimento,

“ainda que se pretenda dimensionar o direito de greve a interesses trabalhistas, é difícil distinguir, em todos os casos, greves trabalhistas de greves políticas, sabendo-se que há um componente político em quase toda reivindicação trabalhista, especialmente em assuntos salariais, que são diretamente vinculados à política econômica do governo”⁽²⁵¹⁾.

A greve “política” é mais do que o conflito entre direitos dos trabalhadores e o direito patronal, pois desloca-se para a arena pública a fim de obrigar o governante a aceitar determinadas exigências ou como arma para enfraquecê-lo ou derrubá-lo. A greve de natureza política não se limita à simples reivindicação parcial dos negócios trabalhistas, mas contém em si mesma elementos econômicos, tendo em vista que a pressão contra o Estado (mesmo que ela seja desencadeada para a libertação de um preso ou para a reintegração de um dirigente sindical) é de natureza econômica.

No entanto, a greve política varia quanto a seus objetivos— a greve revolucionária é usada tendo em vista atividades revolucionárias que visam à derrocada do sistema político; já a greve de solidariedade busca vantagens diretas, em semelhança com a greve reivindicatória, embora procure fortalecer sua classe ou uma outra classe, tendo em vista alguma medida política do governo.

²⁵¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, pg. 311.

Há sempre uma mediação entre as diversas greves: as greves gerais, quase sempre políticas, afetam todas as categorias, enquanto as greves isoladas abrangem apenas um grupo de empresas, ou uma única empresa. De qualquer forma, por meios diretos ou indiretos os interesses corporativos se ligam com as políticas públicas, principalmente com os seguros sociais dos trabalhadores. A greve, como diz Tarso Genro,

“seja qual for a sua natureza, seja qual for o seu objetivo, é, antes de mais nada, um fato político. (...) A doutrina tradicional, por exemplo, é unânime em afirmar a 'nocividade' e a 'ilegitimidade' da greve política, tendo um claro 'ponto de vista de classe' a respeito do assunto: não deve ser político aquilo que às classes dominantes interessa que não seja político”⁽²⁵²⁾.

Embora sem o respaldo da doutrina majoritária, a importância das greves políticas, ao longo da história, tem sido flagrante: foram elas que, por exemplo, derrubaram o ditador Ibañez, no Chile; ajudaram os aliados na retomada de Paris; marcaram as lutas do Sindicato Solidariedade; e apoiaram Gandhi e Mandela, em sua resistência contra o *apartheid*⁽²⁵³⁾. Destaca-se, também a greve política produzida no início da Revolução de Outubro, na Rússia, em 1917, que deu origem às ações revolucionárias. A greve, com exceção da que precede a insurreição revolucionária, não visa destruir o Estado, enquanto a guerra visa sempre destruir o inimigo, aniquilá-lo, moral, econômica e politicamente⁽²⁵⁴⁾.

²⁵² GENRO, Tarso. *Introdução crítica do direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988, pg. 97

²⁵³ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidade de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo. LTr., 1996, pg. 304.

²⁵⁴ GENRO, Tarso. *Contribuição à crítica do direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr., 1988, pg. 44.

3.2.3 Desobediência civil

A desobediência civil, enquanto uma espécie do direito de resistência, produz um silogismo hipotético baseado nas premissas "toda desobediência civil é resistência", mas "nem toda resistência é desobediência civil".

A desobediência civil faz a negação de uma parte da ordem jurídica, ao pedir a reforma ou a revogação de um ato oficial mediante ações de mobilização pública dos grupos de pressão junto aos órgãos de decisão do Estado. A desobediência civil deve ser entendida como um mecanismo indireto de participação da sociedade, já que não conta com suficientes canais participativos junto às esferas do Estado, que precisaria deles para poder presentear-se como ente político legítimo. Ou, de outra forma, o fenômeno da desobediência civil aparece quando os canais normais para mudanças do ato impugnado já não funcionam ou as queixas não serão ouvidas, ou nem terão qualquer efeito.

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. Das possíveis variáveis, a que mais chama a atenção da sociedade é a estratégia do uso da força, que aumenta a deslegitimação da autoridade, caso o governo também use o domínio da força para reprimir os manifestantes.

O problema da justificação jurídica da desobediência civil se inscreve no contexto da crise de legitimidade dos procedimentos de defesa da ordem político-

jurídica, como consequência da defesa da Constituição em razão da materialidade do direito constitucional⁽²⁵⁵⁾. O fundamento jurídico da ação da desobediência civil difere da natureza da objeção de consciência pelo fato de que nesta pode haver regras jurídicas de previsibilidade.

Os conceitos sobre desobediência civil são variados. O conceito "desobediência civil" advém, basicamente, de autores franceses e americanos, que mesmo não concordando sobre as características delimitadoras de seu objeto, são assentes quanto a sua forte conotação de justiça social. A formação conceitual e prática da desobediência vincula-se, em muito, com as personalidades de Étienne de La Boétie, Henry Thoreau, Mahatma Gandhi e Martin Luther King, dentre outros. La Boétie, na singular obra *Discours de la servitude volontaire*, publicada em 1577, usa a expressão **desobediência civil**, que reaparece em 1849 por meio de Henry David Thoreau, na obra *Civil Desobediência*. O escritor Thoreau, conhecido mundialmente pelo não-pagamento de taxas públicas ao governo dos Estados Unidos, declarava que "a única obrigação que tenho direito de assumir é fazer a qualquer momento aquilo que julgo certo"⁽²⁵⁶⁾.

A teoria de Rawls considera a desobediência civil semelhante à teoria da resistência passiva, e não admite outra modalidade de resistência senão a desobediência civil. Rawls se preocupa sobremaneira com o mau uso da desobediência civil como modalidade de ação na solução de conflitos, e para evitar isso repropõe sua conceituação "enquanto ato público, não-violento,

²⁵⁵ ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Editorial Trota, 1994, pg. 143.

²⁵⁶ THOREAU, Henry. *Desobedecendo: desobediência civil e outros escritos*. ob., cit., pg. 37.

consciente e político, contrário à lei, que visa mudar a lei ou o plano de governo"⁽²⁵⁷⁾.

Na filosofia contemporânea, a "teoria da justiça" de Rawls marca uma etapa decisiva quanto à problemática da desobediência civil, com influência em outros autores, como Dworkin (*Los derechos en serio*) e Malem⁽²⁵⁸⁾. Retomam novamente a teoria do contrato social e outros elementos da filosofia clássica, contudo separam a teoria do direito de resistência defendido por Locke. Para Rawls, existe uma obrigação natural de obedecer ao Direito de um Estado democrático, bem ordenado, com um grau de justiça e moralidade que o aproxima da justiça material; e em consequência a desobediência civil torna-se desnecessária. A desobediência civil só é possível quando o contrato social não for cumprido pelo Estado, não efetivando suas próprias promessas. Dessa forma, o problema da desobediência civil está ligado a um conflito de obrigações, pois os custos e benefícios não foram distribuídos entre os indivíduos, como diz Ronald Dworkin sobre os sem-terra do Brasil (Vd. Anexo VII).

A estratégia da desobediência civil induz a mudanças no sistema político, seja nas leis ou nas autoridades, e tem uma justificação moral assentada numa legitimidade real, em harmonia com os princípios da justiça, que se converte numa forma "controlada de desordem" e numa definitiva forma democrática de

²⁵⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. ob., cit., pg. 405. O pensamento de Rawls tem causado profundo impacto nos campos da ética e da filosofia política e do direito. Desenvolve uma teoria da ética da justiça que retorna a perspectiva histórica contratualista (Hobbes, Locke, Rousseau e Kant) e crítica a alternativa utilitarista de Bentham por constituir um obstáculo para a efetivação dos direitos individuais.

²⁵⁸ Vd. MALEM, J. *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona: Ariel, 1988.

protesto, conforme o Prof. Enrique Rodriguez-Cabello⁽²⁵⁹⁾. Da mesma forma, a Profa. María Falcón y Tella nos acrescenta que a desobediência civil produz uma situação de conflito, assentada na definitiva antinomia entre valores, normas e fatos⁽²⁶⁰⁾.

Celso Lafer conceitua a desobediência civil como uma transgressão à norma, tendo em vista o cumprimento de um dever ético do cidadão – dever que não pretende ter validade universal e absoluta, mas que se coloca como imperativo pessoal numa dada situação concreta e histórica⁽²⁶¹⁾.

A desobediência civil na perspectiva constitucional brasileira decorre da cláusula constitucional aberta, que admite outros direitos e garantias, e dos princípios do regime adotado (art. 5º, § 2º, CF) e liga-se especialmente aos princípios da proporcionalidade e da solidariedade, que permitem protestos contra atos que violem esses princípios da ordem política. Com o objetivo de sustentar a razoabilidade jurídica da desobediência, com assento constitucional (art. 5º, § 2º, CF), a Profa. Maria Garcia propõe um conceito de desobediência civil fundado em uma forma particular de resistência ativa ou passiva do cidadão à lei ou ao ato de autoridade, objetivando a proteção das prerrogativas inerentes à cidadania,

²⁵⁹ RODRIGUEZ-CABELLO, Enrique Laraña. *Un derecho no reconocido en la Constitución: el derecho a la resistencia*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. N° 02. Madrid: 1979, pg. 190.

²⁶⁰ FALCÓN Y TELLA, María José. La desobediencia civil como derecho. *Cadernos de Direito da Unigranrio*. Duque de Caxias: UNIGRANRIO, N° 01, 1999, pg. 15. A autora tem desenvolvido pesquisas e publicado sobre desobediência civil, que dentre eles destacamos: "Algunas consideraciones acerca de la desobediencia civil". In: VVAA: Guerra, Moral y Derecho. Madrid: Actas, 1994, pgs. 215-257. "La désobéissance civile". *Revue Interdisciplinaire D'Études Juridiques*. Madrid: N° 39, 1997, pgs. 27-67. "Los precedentes de la desobediencia civil en el mundo griego". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*. N° 90, 1998, pgs. 67-87. "La desobediencia civil y la Constitución española de 1978: ¿Un derecho a la desobediencia". In: *Prensa en Libro Homenaje a Pablo Lucas Verdú*.

²⁶¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. ob., cit., pg. 220.

quando ofensivos à ordem constitucional ou aos direitos e garantias fundamentais⁽²⁶²⁾.

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. Essas características formam o núcleo conceitual da desobediência civil.

Dessa forma, a desobediência civil se classifica em duas perspectivas: direta e indireta. A desobediência direta ocorre quando as leis do Estado são desafiadas abertamente, como ocorreu com as grandes campanhas públicas de natureza ativa, coletiva e pacífica contra a discriminação racial nos Estados Unidos e na África do Sul, motivadas, respectivamente, por Martin Luther King e Nelson Mandela, ou a campanha das Diretas Já, no Brasil. Por sua vez, Gandhi e Luther King desenvolveram várias estratégias de desobediência civil com notável êxito político. A estratégia da resistência passiva, a defesa da paz e a recusa ao uso de armas tiveram um grande significado político para todo o mundo. Tanto é verdade que a construção conceitual contemporânea da resistência se confunde, em muito, com a desobediência civil e com as personalidades de Gandhi e Luther King.

²⁶² GARCIA, Maria. *Desobediência civil...ob.*, cit., pg.157.

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. De acordo com essa concepção, o desobediente envolveria uma ação contra a qual tem, em princípio, algum reparo jurídico a ser feito exclusivamente como meio para protestar contra tal disposição legal. A desobediência civil indireta é executada com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça da lei e com o fim mediato de induzir o legislador a revogá-la. Um exemplo evidente é a ocupação do solo rural pelo MST, que constitui atos isolados que desafiam a lei de proteção à propriedade privada e tem em mira chamar a atenção para o problema social da reforma agrária. No fundo, sob o ponto de vista do sistema político, a desobediência indireta é legitimadora da ordem jurídica, pois reivindica exatamente o que está sendo atacado – a propriedade, a terra rural.

A distinção entre desobediência civil direta e indireta pode ser substituída pelo teste de constitucionalidade da desobediência civil, como exercício de constitucionalidade e como exercício de um direito⁽²⁶³⁾. A justificativa da desobediência exterioriza-se pelos protestos públicos organizados pelos movimentos sociais, tais como passeatas, greves e ocupações de terras. Por parte do Estado, apuram-se duas hipóteses de comportamento sobre a desobediência civil, já que para este não há motivos de reação, enquanto suas normas jurídicas não forem violadas: se os governantes resistem, o movimento pode transformar-se em conflito aberto ou se absorvem podem neutralizar o mesmo. Se a reivindicação é justa, não há justificativa plausível por parte do

²⁶³ ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio. *La Constitución ...*, ob., cit., pg. 145.

Estado para não revisar o ato impugnado. Sem chegar ao extremo dos conflitos violentos, os efeitos potenciais e reais da desobediência podem criar outras modalidades de resistência.

O objeto de ataque da desobediência civil, em regra, gira em torno do conflito de direitos das minorias contra as maiorias. Nem sempre é uma relação fácil. Muitas vezes os interesses são flagrantemente contraditórios, como quando a maioria toma um privilégio injusto em princípio de justiça e exige obediência das minorias a essa obrigação jurídica, ou mesmo quando essa regra não tenha qualquer compromisso constitucional com as minorias. Mas da mesma forma que não se tolera a ditadura das maiorias, espera-se das minorias a busca por um direito que pareça justo e demonstre um mínimo de tolerância.

A desobediência chama-se "civil" porque os que desobedecem acham que não cometem nenhum ato de transgressão da obrigação jurídica, julgando por sua própria consciência que está se comportando de forma adequada. Dessa forma, não reconhecem ao Estado o direito de punir os integrantes da desobediência civil. Assim, sem prejuízo da justificativa constitucional, ainda são imputados aos agentes "desobedientes" a responsabilização penal quando não mais estiverem protegidos pela guarida jurídica da desobediência civil. Essa diferenciação depende dos graus de imputabilidade da conduta delituosa do agente. A discussão correta sobre a desobediência civil está no grau de imputação da ilegalidade, isto é, o grau de ofensa à estrutura do Estado. Exatamente pelo seu caráter demonstrativo, o ato de desobediência civil tende a ganhar o máximo de publicidade. Esse caráter publicitário serve para distingui-la nitidamente do crime comum: enquanto o desobediente civil se expõe publicamente, na expectativa de

alcançar seus objetivos, o transgressor comum realiza sua ação no máximo segredo, se deseja alcançar suas metas. Contudo, não está acertado que essa diferenciação favoreça ao "desobediente" em comparação com o "delinqüente comum".

A discriminação da conduta delituosa deve considerar as conseqüências para o sistema político. Por outro lado, deve-se determinar se a conduta do desobediente fere as expectativas sociais médias ou até onde deve haver uma reação repressiva do legislador. Em sentido próprio, a desobediência civil é apenas mais uma das modalidades em que a obrigação jurídica deve ser justificada numa dimensão política, social e jurídica.

A desobediência civil também pode fundar-se em bases positivo-constitucionais e em princípios jusnaturalistas. Qual o conteúdo dos princípios que amparam a desobediência civil? De seu lugar, permanecem referências aos princípios da ética e da justiça, a preservação da liberdade individual e o direito de legítima defesa social. A desobediência civil não coloca em questão todo ordenamento jurídico do Estado. Já o princípio da proporcionalidade faz pressupor que as leis e os atos públicos não podem ser desproporcionais, caso contrário produzem um dano social grave, próprio de autêntico delito. Outro princípio é o de "solidariedade", pois a desobediência civil comporta atuações que demonstram um alto grau de solidariedade para com grupos marginais e minorias e que, de outro modo, não lograriam êxito se não fossem escutadas social e politicamente⁽²⁶⁴⁾.

Da mesma forma, o princípio da justiça se conforma, muitas vezes, sobre a discussão do direito justo, sendo que as circunstâncias legitimadoras da

²⁶⁴ FALCÓN Y TELLA, María José. *La desobediencia civil como derecho*. ob., cit., pg. 26.

desobediência civil são três, substancialmente: o caso de lei injusta (Vd. Cap. 4, seção 4.4.2.); o caso de lei ilegítima, isto é, emanada de quem não tem o direito de legislar; e por último, o caso de lei inconstitucional. Em todos esses casos cabe a desobediência civil, pois não existe lei em sentido pleno: no primeiro caso não o é substancialmente; no segundo e no terceiro não o são materialmente. O principal argumento é de ordem moral, isto é, a obediência às leis depende da qualidade das mesmas, se são justas. Entre o cidadão e o legislador há uma relação de reciprocidade: se é verdade que o legislador tem direito à obediência, também é verdade que o cidadão tem o direito de ser governado com leis razoáveis.

Do agente desobediente só se pode esperar a argumentação a respeito de um direito melhor e de uma justificação constitucional que indique o aperfeiçoamento das instituições políticas. Em virtude de tudo isso, a desobediência civil enquanto construção teórico-prática apresenta caráter institucional, e nunca individual.

3.2.4 Autodeterminação dos povos

A autodeterminação dos povos é um princípio político de relações internacionais que busca a soberania do povos e a livre organização política, em detrimento de outro país opressor ou colonizador. Não é propriamente uma modalidade de resistência.

O princípio político da autodeterminação dos povos assegura às nações a livre organização política e a soberania⁽²⁶⁵⁾. Os primeiros enunciados da autodeterminação foram feitos nas revoluções francesa e norte-americana, sendo, muitas vezes, confundidos com o direito de resistência, como é o caso da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América:

"(...) Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-lo ou aboli-lo e instituir novo governo, baseando-se em tais princípios e organizando-lhes os poderes pela forma que lhe pareça mais convincente para realizar-lhe a segurança e a felicidade"⁽²⁶⁶⁾.

A Constituição brasileira descreve como princípios políticos de direito internacional a autodeterminação dos povos (art. 4º, III, CF), como também a solução pacífica dos conflitos, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e a concessão de asilo político.

A autodeterminação se apresenta em duas ordens: nacional e internacional. Na de ordem nacional, o povo luta por exercer o direito de escolha e a forma de governo. Essa perspectiva abraça a liberdade dos povos em formar um novo Estado, mediante a luta pela soberania, por não mais querer estar submetido à soberania de outro Estado contra sua vontade. Essa lógica interna consiste no direito de cada povo escolher o governo de sua preferência.

Na autodeterminação de ordem internacional o povo busca a solidariedade

²⁶⁵ O conceito de soberania indica o poder de última instância numa sociedade política de natureza exclusiva, que permite a nível interno o auto-governo e auto-administração e, a nível externo o reconhecimento de igualdade aos demais países. Contudo, principalmente com a globalização, o conceito de soberania está em profunda crise, pois cada vez menos o Estado Nacional se apresenta como centro único e autônomo do poder político, quer no cenário interno, quer na arena internacional.

²⁶⁶ Constituição dos Estados Unidos da América. ob., cit., pg. 3.

e o reconhecimento internacionais de sua luta política, como também do novo governo. O princípio da autodeterminação dos povos enuncia que os povos disponham de seu destino e expressem livremente sua vontade de viver sob qualquer regime, juntando-se ou separando-se de qualquer outro Estado.

A defesa internacional do direito violado, seja sob a forma de guerrilha, de rebelião, de revolução contra os atos arbitrários e violações de outro povo invasor ou da própria lei interna, consiste em direitos universalmente consagrado pela ONU quando assegura a autodeterminação dos povos, ou seja, o exercício da própria legítima defesa.

Esse princípio mundialmente consagrado, firmado no século XX (Tratado de Paz de 1919), se tomou um dogma reconhecido pelas organizações internacionais, entre elas a ONU. A Carta da ONU (art. 51) impõe a todos os membros das Nações Unidas o reconhecimento do direito, senão do dever, de intervir ao lado dos povos oprimidos. Os instrumentos internacionais relativos à matéria reconhecem aos povos a autodeterminação enquanto um direito de resistência que se traduz, em última instância, em recurso ao uso da força como aplicação do direito de legítima defesa⁽²⁶⁷⁾.

Os instrumentos internacionais reconhecem aos povos que lutam pela própria autodeterminação o uso do recurso das armas, por se espelharem num legítimo direito de autodefesa da nacionalidade, do território e da soberania da nação. O direito de usar a força só se reconhece aos povos que lutam em nome próprio pela sua autodeterminação, mas é de certo modo limitado. Esse direito está intrinsecamente relacionado ao uso da força material, e só se pode

considerar legítimo o movimento que não use da violência contra a população civil ou que não ofenda os direitos humanos, os quais proclama defender.

Para alcançar a estratégia da autodeterminação usam-se, em regra, as modalidades de resistência, como a greve política, a desobediência civil e até a revolução. Das formas violentas na ação política, as mais conhecidas são a sabotagem, a greve geral, a greve de fome, o terrorismo, o seqüestro, a auto-imolação, o confronto de rua e a guerrilha. Não se pode, por isso, compartilhar a tese de que os meios empregados nas atividades políticas, levadas a termo por indivíduos ou grupos que lutam pela autodeterminação, tenham de ser considerados atos de legítima defesa. Os abusos são sempre reprovados.

Com o advento da Revolução Soviética (1917) e principalmente após a Segunda Guerra Mundial (1945), têm-se intensificado os movimentos revolucionários e as guerras de libertação nacional. A resistência civil francesa e italiana contra as tropas de ocupação nazifacistas se caracterizou por uma clara noção de pátria que, invadida, devia expulsar o invasor e restabelecer a ordem constitucional.

As guerras de libertação nacional das colônias se originaram da reação contra o jugo desumano imposto por um Estado colonialista. O movimento de descolonização e libertação da África e Ásia foi violento e cruel⁽²⁶⁸⁾.

No processo de descolonização, duas espécies de direitos de resistência operam: de um lado, a resistência dos povos contra os países colonizadores; de

²⁶⁷ BALDI, Carlos. "Autodeterminação dos povos". In: BOBBIO, N. *Dicionário de Política*. ob., cit., pg. 73.

²⁶⁸ Vd. NACIONES UNIDAS. *ABC de las Naciones Unidas*. Nueva York: Departamento de Información Pública, 1998, pg. 305.

outro lado, a reivindicação da objeção de consciência por parte dos jovens soldados que não queriam participar da guerra por a considerarem injusta. Chama-nos a atenção o caso da objeção de consciência militar francesa e portuguesa, quando os recrutas não queriam participar da campanha militar contra as colônias da Argélia, Angola e Moçambique. França e Portugal, por exemplo, assumiram posições contrárias às declarações, tratados internacionais assinados em relação às suas colônias na África, sendo que no início do século XXI vários países ainda não conseguiram sua reconstrução completa como nação; exemplo é o caso recente do Timor do Leste em relação à Indonésia.

3.2.5 Direito à revolução

A espécie "direito à revolução", pertencente ao gênero direito de resistência, encontra apoio na condição de que o fato social revolucionário se inscreve num desenho de práticas radicalmente diferente das outras modalidades de resistência. O direito de revolução entra no campo mais amplo de ação (guerra interna) que advém do direito à guerra: *jus ad bellum*.

A questão da revolução é sempre tema apaixonante para a Sociologia, a Política, o Direito e a História. Os conceitos de revolução são díspares. O conceito sociológico de revolução prevê a transformação radical da sociedade e a substituição de uma classe social por outra, em decorrência do choque existente entre a ordem política e a realidade social. A revolução, mais que a um direito, deve se igualar a uma necessidade social, a uma força irresistível do homem em querer o novo, uma vida melhor. A relação entre Direito e sociedade leva-nos a descobrir a revolução social, como fonte do poder constituinte originário.

Essa perspectiva conflitiva indica que a revolução é feita em função de uma idéia de direito, direito à revolução⁽²⁶⁹⁾. Nas teorias do Estado, são identificados dois modos de instalação do poder: dentro dos marcos institucionais eleitorais ou pela força revolucionária. Para Burdeau, tanto um quanto outro poder são dotados de caráter jurídico, porque o poder de uma revolução triunfante é um poder de fato, no sentido de que nenhuma investidura legal precede sua ação, tendo um caráter essencialmente constituinte, e afirma que "uma revolução é a substituição de uma idéia de direito por uma outra em que a principal direção é a atividade social⁽²⁷⁰⁾".

O povo tem o direito à revolução para esmagar as tiranias que espezinham suas liberdades, nem que ela seja exercida com extrema violência. Negar-lhe esse direito seria desconhecer o direito à dignidade humana, pois o direito político dos indivíduos e grupos se insurgirem contra o Estado opressor não necessita de autorização, já que o próprio Estado é que deu causa, em regra, à exagerada opressão social. O povo defende pela força seus direitos fundamentais agredidos, pois se encontra na condição-limite de sobrevivência política. Quando todas as tratativas procedimentais político-jurídicas forem tomadas ou quando os governantes, em vez de favorecerem o processo evolutivo da sociedade, o contrariarem, assim estarão criadas as condições materiais para que a revolução se imponha como *ultima ratio* do povo oprimido. Não se fabricam revoluções, pois

²⁶⁹ Vd: Santi Romano. Rivoluzione e diritto. In: *Dizionario Giuridico*. Milano, 1947; M. Cattaneo: *Il concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*. Milano: 1960; H. Arendt. *Da revolução*. Brasília: UNB, 1988; A. S. Cohan. *Teorias da revolução*. trad. Maria Matoso Mendes. Brasília: UNB, 198; Hermes Lima. *Direito de Revolução*. Salvador: Tipografia da Bahia, 1926; Josaphat Marinho. *Direito de Revolução*. Salvador: Tipografia da Bahia, 1953.

²⁷⁰ BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Tomo IV. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence. 1972, pg. 216. Diz o autor, "*une révolution est la substitution d'une idée de droit à une autre en tant que principe directeur de l'activité sociale*".

este é processo histórico próprio em movimento, no qual os pressupostos emocionais e de racionalidade se prendem uns aos outros, sendo o "presente" compreendido à luz do passado e do futuro. Ante isso tudo, aparece sempre o dilema: ou evolução ou revolução.

A história da civilização ocidental é recortada pelo processo revolucionário, e atinge sua plenitude teórica e prática com o advento do Estado moderno. Esse moderno direito à revolução tem origem na filosofia política francesa do século XVIII, alcançando maior desenvolvimento na filosofia marxista ao adotar um paradigma de revolução, mediante a interpretação dos ciclos da história moderna em revoluções burguesa e proletária⁽²⁷¹⁾. As revoluções francesa, de 1789, e soviética, de 1917, marcaram profundamente a produção da história no ocidente como um corte epistemológico nas ciências sociais e consubstanciaram definitivamente a natureza das revoluções. Dessa forma, as revoluções adquiriram uma forte conotação ideológica de luta de classes, desconhecida em outros tempos com tamanha nitidez.

A idéia da revolução de origem liberal torna-se uma grande bandeira socialista. Surge a teoria da revolução comunista, graças ao advento das obras de Marx e Engels: o *Manifesto Comunista*, de 1848, e *O Capital*, de 1867. Essas obras expõem as bases da revolução, pautada na construção da nova natureza humana. Essa teoria está embasada em Hegel (1770-1831), que interpreta a

²⁷¹ CARVAJAL A., Patricio. Derecho de resistencia, derecho a la revolución, desobediencia civil. Una perspectiva histórica de interpretación. La formación del derecho público y de la ciencia política en la temprana Edad Moderna. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, N° 76, abril-junio 1992, pg. 94.

revolução francesa como modelo de progresso humano e de desenvolvimento das liberdades políticas. Para Marx, a imagem do estado permanente da sociedade capitalista, no qual se legitima a exploração dos mais fracos pela concorrência econômica, corresponde ao estado de guerra do homem contra o homem, de Hobbes. A superação desse estado de natureza hobbesiano torna-se em Marx a necessidade de não instituir o Estado (sociedade política), mas sim destruí-lo. O *Manifesto* fornece uma doutrina pela qual a história poderia sofrer transformação social pela ação política e, para isso, conclama os proletários do mundo a se unirem num ataque ao Estado capitalista. A primeira experiência de revolução socialista foi a soviética, cuja experiência se alastrou a outros continentes, levando à revolução chinesa, na Ásia, e à revolução cubana, na América Latina.

A ordem jurídica, em regra, não reconhece a revolução como fenômeno jurídico, mas sim como uma condição meramente política. Os atos políticos e jurídicos devem estar de acordo com a Constituição, já que a mudança brusca da Constituição “contra” a Constituição é revolução, que somente o poder originário pode efetuar⁽²⁷²⁾. Apenas na França revolucionária houve a positivação do direito à revolução e do tiranicídio na Declaração dos Direitos da Constituição Francesa de 1793, entre os direitos naturais do homem⁽²⁷³⁾.

A revolução destrói a ordem político-jurídica para inaugurar uma nova

²⁷² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Constituinte e Direito Adquirido (algumas anotações elementares). *Revista dos Tribunais*. São Paulo: N° 745, nov. 1997, pg. 20.

²⁷³ A Constituição Francesa, de 1793, sanciona no art. 35: “*Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l’insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple le plus sacré les hommes libres*”.

hegemonia da mesma ordem. Desse processo cria-se a nova estrutura jurídica com base nos ideais revolucionários, como diz Rodrigo Borja:

"Não é que a revolução transgrida uma lei simplesmente, senão que ab-roga ou destrói pela ação explosiva das forças reprimidas que desencadeiam, para logo se reestabelecer por outra, de conformidade com as novas demandas sociais que a revolução objetiva. Desse modo se infere que o objetivo principal de toda revolução é a supressão da ordem jurídica preexistente por uma nova"⁽²⁷⁴⁾.

A elaboração da nova regulamentação jurídica positiva reúne a legitimidade dos valores da revolução que, unificada em novo poder jurídico, contrasta com a ordem político-jurídica anterior. A revolução, enquanto processo, tem três fases: primeiramente se caracteriza por uma ilegalidade flagrante, passando, numa segunda fase, para uma legitimidade política e, por fim, para um quase consenso em prol da efetivação da revolução. Com a vitória da revolução, desde logo se estabelecem as linhas definidoras do movimento que, até então, era antijurídico e passa a ser a fonte originária do poder constituinte.

Em geral a revolução visa: a) à alteração no sistema da autoridade política, em consequência, no processo decisório; b) à mudança na estrutura socioeconômica da sociedade, nas revoluções socialistas; c) à obtenção de autonomia de minorias étnicas ou religiosas. Nesse sentido, Friedrich encontra o "germe" da revolução em duas importantes generalizações: a) existe na comunidade uma tendência a criar um poder de resistência residual e não-

²⁷⁴ BORJA, Rodrigo. *Principios de Derecho Político y Constitucional*. Quito: Casa de la Cultura, 1986, pg. 18. "Porque no es que la revolución transgrede una ley simplemente, sino que la abroga y la destruye y la liquida por la acción explosiva de la fuerzas reprimidas que desencadena, para luego reemplazarla por otra, de conformidad con la nuevas demandas sociales a las que la revolución obedece. De lo qual se infiere que el objetivo principal de toda revolución es la supresión del orden jurídico pre-existente por um nuevo".

organizado que procura frear o governo; b) esse poder constituinte não pode entrar em jogo senão quando o governo já não funciona mais⁽²⁷⁵⁾.

Revolução e governo são termos antitéticos, um exclui o outro. Daí porque a vigência do governo legal confere a esse governo o poder e o dever de combatê-la. Se o governo não é capaz de conter o movimento revolucionário, este transborda e aniquila a organização do Estado. A luta termina pelo alçamento dos insurretos à condição de governantes ou pela manutenção do *status quo ante*⁽²⁷⁶⁾.

3.3 Variáveis no exercício do direito de resistência

As variáveis do exercício do direito de resistência são apenas elucidativas e não restritivas, pois outras e diferentes variáveis podem aparecer no mundo do fenômeno da resistência. Na delimitação do direito de resistência é importante diferenciar as variáveis de resistência, que nem sempre são precisas teoricamente mas estão baseadas em critérios metodológicos de aferição dos fatos sociais: a descrição empírica dos fatos.

3.3.1 Estruturas das variáveis

As estruturas das variáveis descrevem sete grupos de antíteses extraídas do fenômeno da resistência e organizados por aproximação teórica, que classificamos da seguinte forma:

²⁷⁵ Friedrich, Carl J. *La Démocratie constitutionnelle*. Paris: P.U.F., 1958, pg. 75.

²⁷⁶ BORJA, Célio Constituinte reforma constitucional? In: MACHADO, M. Brockmann, TORRES Jr, Ivan Vernon Gomes. *Reforma Constitucional: ciclo de conferências*. Rio de Janeiro: Fundação Casa Rui Barbosa, 1997, pg. 9.

1) ATIVA OU PASSIVA: a resistência ativa ou comissiva pode ser traduzida na capacidade da ação individual ou coletiva que consiste em fazer algo de forma diferente do que é exigido, já que se dirige, ao mesmo tempo, para a parte preceptiva e para a parte punitiva da lei ou do ato impugnado. De outro lado, a resistência passiva ou omissiva consiste na recusa consciente em fazer o que é mandado, em flagrante descumprimento do ato injusto. Caracteriza-se também pelo silêncio e pela deliberada omissão em cumprir a obrigação jurídica. Ataca a parte preceptiva da lei e não a parte punitiva, na medida em que não reconhece ao Estado o direito de impor obrigações contra a consciência individual. Pode configurar um ato diferente por seu significado e suas conseqüências, como se conhece na experiência de Gandhi, considerado a expressão maior da resistência passiva.

2) POSITIVA OU NEGATIVA: a resistência positiva se traduz na capacidade de ação de qualquer cidadão ou grupos de se insurgir contra a obrigação jurídica para garantir a ordem democrática ou o intuito da transformação social, tendo em vista algum benefício para o grupo, como a luta pela terra, através do MST. Já a resistência negativa, ao contrário da anterior, consiste em combater a ordem democrática ou "frear" qualquer tentativa de mudança na ordem social e política para manter o *status quo*, como, por exemplo, o regime jurídico da propriedade da terra por parte da UDR.

3) INDIVIDUAL OU COLETIVA: a resistência individual é realizada por um indivíduo isolado (é típico o caso do objetor de consciência, que geralmente age em decorrência da própria vontade individual). A doutrina política da resistência teve início com a objeção de consciência religiosa contra o papado e o Estado. A

resistência coletiva é determinada não só pela quantidade de cidadãos que exercitam a resistência, mas também pelo tipo de reivindicação que agrega os ideais do grupo. A resistência de grupo geralmente contesta a legitimidade e os fundamentos do Estado.

4) PARCIAL OU TOTAL: a resistência parcial acontece quando o questionamento da obrigação jurídica ataca apenas uma parte da ordem jurídica. Apresenta-se quando demanda mudança localizada de uma norma ou de um ato de autoridade pública. Ou, também, quando os grupos de facção política ou religiosa expressam pontos de vista diferentes, e não necessariamente conflitantes, em face de certos matizes de ordem pública. A resistência total ataca os fundamentos do Estado, quando atinge a totalidade do sistema jurídico, como a revolução política. Além da revolução, uma outra variável de resistência total é a contestação geral ao poder do Estado, preconizada pelos anarquistas, por conceberem o Estado como uma instituição originariamente opressiva.

5) PACÍFICA OU VIOLENTA: a resistência pacífica é realizada através de meios não-violentos, como as manifestações públicas da greve ou como foram as campanhas de Gandhi pela libertação da Índia do domínio britânico. Outros exemplos: os movimentos rebeldes da juventude dos anos 1960, os movimentos anárquicos, os ambientalistas e os grupos religiosos. A resistência violenta geralmente usa expedientes gravosos contra o ser humano e, em geral, se contrapõe a todas as formas pacíficas, como o direito de revolução. A ação violenta é precedida de muita agitação política e publicidade.

6) CLANDESTINA OU PÚBLICA: a resistência clandestina requer que o ato de resistência seja preparado e realizado em segredo, baseado no elemento

surpresa, como acontece no tiranicídio. A resistência pública é anunciada antes da execução do ato, como acontece habitualmente com o MST, que torna pública a estratégia de ocupação de terras ou prédios públicos com a finalidade de obter seus objetivos (terra para plantar), ao mesmo tempo em que denuncia a injustiça da distribuição da terra no país e os institutos jurídicos que protegem os proprietários.

7) LEGÍTIMA OU ILEGÍTIMA: a resistência legítima qualifica o tipo de demanda e o modo do seu exercício, e pode combinar com diferentes variáveis. A resistência legítima requer a preservação dos valores constitucionais, como os direitos humanos e a ordem democrática. A resistência ilegítima consiste no abuso do direito de resistência e configura um ilícito penal, quando grupos poderosos desrespeitam os preceitos limitadores da resistência. Se a convivência social provém de um "contrato" constitucional, é necessário imputar as devidas sanções para quem o infringe. O problema da legitimidade se apresenta sobretudo em relação ao Estado que detém o poder, o monopólio da força, e não tanto a quem renunciou parcialmente à liberdade, o cidadão.

3.3.2 Interação das variáveis da resistência

Quando se interage as variáveis entre si e estas com as diversas modalidades de resistência, obtém-se um número ainda maior de novas variáveis, como veremos.

A resistência pode ser ativa ou passiva. A resistência ativa consiste na ação dos governados para forçar os governantes a tornar sem efeito o ato injusto

ou, também, para se libertar da ação do governante. Em muitos casos, a resistência passiva é de grande eficácia e economiza maiores sacrifícios humanos e materiais.

A resistência ativa pode ser violenta e não-violenta. A resistência, em regra, começa de forma ativa porque busca um resultado efetivo rápido. A passagem da ação pacífica para a ação violenta pode coincidir, muitas vezes, com a passagem da ação passiva/omissiva para a ação ativa/comissiva. Se a luta for desesperada, não é provável que a autoridade encontre resistência pacífica; no entanto, a resistência ativa, nessas circunstâncias, pode ser um ataque à lei e à ordem do Estado.

A resistência passiva caracteriza-se pelo ato de fazer aquilo que é proibido, como foi o caso da luta contra o *apartheid*, na África do Sul, onde o negro não podia sentar-se num lugar público que era interdito aos negros. Outros exemplos de resistência passiva são o não-alistamento no serviço militar obrigatório ou a estratégia de Gandhi contra o imposto do sal, que levou centenas de hindus ao mar para extrair sal de suas águas, já que o domínio inglês obrigava o povo a comprar o sal do governo. Essa modalidade de resistência passiva tornou-se uma categoria política usada pelo nacionalismo hindu para a conquista de sua independência, e por fim os indianos conseguiram expulsar os ingleses e libertar a Índia.

Mas, de toda sorte, o modelo de Gandhi nem sempre é suficiente para dominar a tirania, como foi a experiência da resistência italiana e francesa contra Mussolini e Hitler, quando foram usados expedientes violentos. A resistência coletiva nos primeiros ímpetos da "guerra de libertação" confunde-se com o direito

à revolução e com a capacidade da maioria do povo em fazer valer juridicamente sua própria vontade. O conflito político adquire contornos mais abrangentes e realça uma dimensão refletida na noção de pátria, direitos humanos e ordem democrática.

O indivíduo recorre à violência, quase sempre, quando os meios para defender a justiça se encontram esgotados. Dessa forma, conhecem-se as formas de resistências coletivas e violentas, como a sabotagem, a greve violenta, a ocupação de fábricas, de prédios e de terras, a guerrilha, a rebelião e a revolução. É extremamente lamentável que a condição humana leve algumas vezes a essa forma de violência, que é a própria Carta Magna da Barbárie⁽²⁷⁷⁾.

A ação coletiva é a característica marcante da greve, da desobediência civil e da revolução. A greve e a desobediência civil se apresentam enquanto resistência coletiva, ativa, pública, parcial e pacífica, ao passo que o direito à revolução se apresenta como resistência ativa, coletiva, violenta e total. Essas ações se realizam por grupos que dividem os mesmos ideais, como os sindicatos, as associações corporativas, os partidos políticos, o movimento dos sem-terra e os grupos ecológicos. A resistência coletiva é de difícil organização e requer maior sofisticação do que a resistência individual, visto que exige um núcleo interno de convicção que reúna as condições de pensar a situação colocada e seus objetivos estratégicos. As motivações coletivas não são estáticas. Os repertórios políticos não somente permitem explicar as variações históricas, mas

²⁷⁷ ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

centrada na luta política, e não nos recursos procedimentais jurídicos. O MST já sabe que não basta aplicar sua tática de ocupação do solo rural, pois para seu êxito deve lutar por orçamentos para financiar os projetos de políticas públicas que contemplem a reforma agrária. Com isso, desloca a ação propriamente militante da denúncia pública ou da ocupação de terra para a disputa institucional de recursos orçamentários junto ao Congresso Nacional.

No interior desses movimentos há outras interações com novas variáveis. A desobediência civil, enquanto ação coletiva, e a objeção de consciência, enquanto ação individual, podem se combinar quando um cidadão apela para a consciência de outro cidadão para que este aja conforme sua consciência. Também pode haver situações em que a desobediência civil seja usada como meio para alcançar outros tipos de resistência, quando se intensificam as ações políticas em direção a uma situação revolucionária. A desobediência civil, ao contrário da revolução, não desafia a existência do Estado, porém a pessoa da autoridade estatal ou o responsável por determinada lei ou ato, já que não tenta substituir um poder independente por outro, mas apenas questiona o limite preciso da autoridade. Assim, a desobediência civil difere da revolução por ser uma reivindicação parcial contra o Estado, enquanto a revolução é total.

A resistência individual nos remete a um questionamento particularizado para a satisfação de um problema isolado, mas que pode alcançar todo o sistema jurídico. Essa resistência parcial não altera as bases do sistema político-jurídico, mas pode determinar algumas decisões concretas, como mudar, criar e extinguir uma lei ou um ato de autoridade. Essa variável de resistência ataca de forma dispersa o sistema jurídico. Transforma o litígio violento em litígio jurídico, o direito

de resistência em direito de ação, se resolve por meios institucionais e, caso o conflito permaneça fora dos arquétipos jurídicos, não se pode solucionar internamente devido à ausência das formas jurídicas, como o direito de revolução.

A desobediência permanece individual mesmo quando apela para a consciência de outros cidadãos, como é o caso da recusa ao pagamento tributário de Henry Thoreau. Ocorre o deslocamento do direito de resistência individual para o coletivo quando os homens desobedecem, geralmente como membros de grupos formais ou informais. Para atingir um fim prático de acordo com uma estratégia particular de indivíduos ou grupos, a desobediência civil se torna de natureza pública ou de interesse coletivo, conforme o caso, confluindo em outras formas de resistência.

O direito individual, em regra, demanda a liberdade negativa, isto é, a ausência do Estado, pois este apenas deve reconhecer a autonomia da liberdade, garantindo a independência dos indivíduos diante do Estado e dos demais membros da sociedade. Muitas teorias definem a liberdade como resistência à opressão porque se opõe à autoridade⁽²⁸²⁾. A liberdade política apresenta-se com um aspecto coletivo, já que é a efetiva participação da coletividade nos assuntos públicos, ao passo que as liberdades individuais possuem, em geral, fins pessoais, limitados ao indivíduo⁽²⁸³⁾.

Na objeção de consciência o direito à liberdade é o ponto central que unifica esse direito individual, seja a liberdade de pensamento, de crença, de expressão e de organização. O objetor, ao requerer tal direito, o faz como se

²⁸² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional...* ob., cit., pg. 206.

²⁸³ HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 4^a ed. Paris: 1970, pg. 171.

fosse um pedido isolado, não relacionado com a sociedade em que vive e participa; por isso, a doutrina (francesa, especialmente) costuma englobar esse direito na concepção de liberdade e autonomia⁽²⁸⁴⁾. Temos como exemplos de resistência individual: a) a objeção de consciência ao serviço militar é omissiva, individual, pública, pacífica, parcial. Na maior parte dos casos, o objetor se recusa a servir às Forças Armadas em nome de crença religiosa; b) o tiranicídio tem natureza comissiva, individual, clandestina, violenta e tende para uma mudança da estrutura do Estado, como os monarcômanos das guerras religiosas dos séculos XVI e XVII, ou como os anarquistas das lutas sociais do século XIX; c) a greve de fome e a auto-imolação como mecanismo de protesto público são também modalidades de resistência individual, pública, e violenta, caracterizando a situação em que alguns indivíduos oferecem a própria vida em holocausto, caso não sejam atendidos em uma determinada demanda.

As combinações das variáveis da resistência são tantas, como vimos, que podem funcionar de forma contraditória sob o ponto vista do resultado social: uma positiva, de acesso e alargamento dos direitos mediante a readaptação do direito à realidade social e a reafirmação da ordem democrática, opera como uma poderosa arma a serviço das transformações sociais; e outra, negativa, no sentido da negação pura e simples da ordem democrática ou como a expressão do “*status quo*” dos interesses dominantes, ou enquanto “forças” de destruição do equilíbrio social ou de conservação no sentido pejorativo.

²⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional...* ob., cit., pg. 171.

3.4 Estatuto constitucional do direito de resistência

O estatuto da resistência de natureza constitucional organiza um sistema de comandos jurídicos, numa concatenação interior que liga normas e valores. O estatuto liga-se à Constituição, porque é ela que define as formas institucionais da vontade política e jurídica da nação. Assim, duas questões constitucionais se apresentam: em primeiro lugar o problema da resistência, e em segundo os limites constitucionais da resistência.

A Constituição pode preconizar uma resposta ao problema do direito de resistência na medida em que reconheça esse acionamento automático quando se frustrarem os controles internos do Estado. Esse reconhecimento político do Estado em admitir mais um mecanismo de autodefesa da sociedade demonstra o grau de legitimidade do próprio sistema jurídico e também suas limitações epistemológicas. Uma vez aceito o direito de resistência no modelo constitucional, tem-se um efeito duplo: controla-se a sua potência nos marcos constitucionais e os governantes sabem dos seus limites. Toda vez que a autoridade pública desleixar de sua função ou a liberdade e a dignidade humana forem espezinhadas, cabe o direito da resistência, assim considerado como implícito nas instituições jurídicas. Dessa forma, o direito de resistência se converte num aglutinador das "demandas de fato", que se baseiam tão-só na existência de conflitos sociais e políticos para oportunas "soluções constitucionais" destinadas a manter a unidade do Estado e evitar sua completa ruptura político-jurídica.

Dessa forma, os problemas constitucionais deixam de ser apenas problemas jurídicos para se perfilarem como problemas de poder. A afirmação de que a resistência é apenas uma questão política, além de ser um discurso vazio,

demonstra a fragilidade reducionista do argumento. Com efeito, privilegiar, em termos exclusivos, os fatos políticos obscurece irremediavelmente a importância que deve ser conferida à realidade constitucional e, da mesma forma, a resistência "apenas política" se perde em pura retórica. Há uma crescente capitulação do normativo perante o empírico, por força da elevação das leis sociais e, principalmente, econômicas a instrumentos exclusivos da modelação do mundo⁽²⁸⁵⁾.

A normalidade constitucional se conjuga com a normalidade política e jurídica. "Essa atenção para com a realidade não significa, porém, uma capitulação. Dizer que a Constituição não é independente dos dados históricos concretos do seu tempo não significa que ela seja pura e simplesmente dependente deles"⁽²⁸⁶⁾.

No seu conjunto, o fenômeno da resistência forma um universo teórico pertencente tanto ao domínio da política quanto ao do jurídico, sendo uma relação necessária entre ambos os domínios. Ora, se de um lado há uma certeza acerca dos princípios que abarcam a problemática da resistência, de outro surgem dúvidas quanto aos procedimentos de acesso a esse direito (Vd. Cap. 4, 4), e também sobre o seu conteúdo e limites.

3.4.1 O problema constitucional da resistência

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 pacto constitucional por parte do

²⁸⁵ EHRHARDT SOARES. R. *Direito público e sociedade técnica*. Lisboa: Ed. Lisboa, 1969, pg. 30.

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⁽²⁸⁷⁾, 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 pacto, conforme leciona Locke.

Os elementos fundamentais que indicam a presença do direito de resistência no Direito Constitucional se referem necessariamente aos valores da dignidade humana e ao regime democrático. Os valores constitucionais compõem um contexto axiológico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico, para orientar a hermenêutica constitucional e o critério de medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade⁽²⁸⁸⁾.

Esses valores constitucionais possuem uma tripla dimensão: a) fundamentadora, que constitui o núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; b) orientadora, que indica metas que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos; c) crítica, que serve de critério de valoração para a interpretação de atos de conduta. Se os critérios de valor não funcionarem a contento ou demonstrarem sua incapacidade em continuar a ser o alicerce da teorização jurídica do Estado, estamos diante de uma crise constitucional⁽²⁸⁹⁾.

²⁸⁶ EHRHARDT SOARES, R. *Direito público e sociedade técnica*. ob., cit., pg. 22.

²⁸⁷ Vd. NOVOA, Eduardo. *O direito como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

²⁸⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1988, pg. 288-289.

²⁸⁹ MARQUES GUEDES, Armando M. *Ideologias e Sistemas Políticos*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa (Separata). 1978, pg. 299. "A chamada "crise da Constituição" é a crise do modelo clássico de Constituição que torna meramente formal as regras e princípios, sendo esses

Ao problema constitucional da resistência abrem-se duas perspectivas: a primeira projeta para o Direito Constitucional a necessidade de abrir as suas áreas de interesse sobre os fatos sociais determinantes do processo político em geral, sendo assim o direito de resistência assume especial relevância como um instrumento privilegiado na interlocução com a realidade social. O Direito e as principais correntes que participam da sua construção atendem à realidade política e social, sobretudo a teoria da Constituição. Contudo, se por um lado as regras jurídicas não esgotam os fatos sociais, por outro "há regras que, não sendo estruturalmente regras jurídicas, são contudo relevantes no campo do Direito político"⁽²⁹⁰⁾.

A segunda perspectiva abraça a idéia de que as práticas verificáveis da resistência constituem um elo essencial para o tratamento do direito constitucional. Nesse sentido, há uma abertura constitucional para o direito de resistência em que estariam inclusos também outros direitos, na forma do art. 5º, § 2º, CF. Mas esse preceito informa a fonte material de outros direitos, além do direito de resistência, que o cidadão pode invocar por razões decorrentes do regime político democrático e dos princípios constitucionais. Caso haja violação do Estado Democrático de Direito ou ofensa aos direitos fundamentais, surge em tela a resistência, como argumento jurídico e político, na tentativa imperiosa do retorno à ordem democrática. O direito de resistência, portanto, pressupõe mais do que a simples admissão formal no texto constitucional, mas uma "relação justa" entre o comando normativo e as práticas constitucionais.

nem sempre conciliáveis com as fórmulas políticas dominantes, como a aplicação de um princípio socialista numa constituição com regras estritamente capitalista".

²⁹⁰ LEITÃO, J. M. Silva. *Constituição...ob.*, cit., pg. 13.

A abertura constitucional possibilita a ampliação de novos direitos⁽²⁹¹⁾, e dessa forma o direito de resistência serve como mais uma garantia constitucional ao Estado de Direito. Os princípios fundamentais adotados pela Constituição (art. 5º, § 2º, CF) fazem parte da consciência jurídica, com recepção plena nos textos constitucionais. A Constituição, em sentido jurídico, precisa ser complementada pelos elementos político-jurídicos não-organizados na Constituição formal pelos princípios implícitos. O fato de não constar no texto constitucional não quer dizer que um elemento esteja excluído da realidade jurídica.

Nesse sentido, o direito de resistência somente é susceptível de ser compreendido juridicamente, com apelo à ordem constitucional, por força das regras e princípios que informam toda a regulação jurídica do Estado. O problema do direito de resistência enquadra-se, pois, nesse contexto geral da ordem constitucional que opera com um sistema de princípios extensivamente a todo o sistema jurídico. O direito de resistência, quando não positivado, busca sua justificação em outros princípios já dispostos constitucionalmente ou, então, pode-se interpretar que também não se encontra expressamente afastado do ordenamento constitucional (cláusula de proibição). O direito de resistência, como uma “categoria implícita” constitucional, corresponde, na ordem constitucional, a

²⁹¹ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2000, pg. 86. O processo de multiplicação dos direitos, e o justifica com base em três razões principais: em primeiro, porque teria havido um aumento de bens a serem tutelados; em segundo, porque teria aumentado o número de sujeitos de direito e, enfim, por terceiro, porque teria havido também uma ampliação do tipo de *status* dos sujeitos. Isto significou que dos direitos individuais passou-se a considerar também os direitos sociais, isto é, do indivíduo enquanto membro de um grupo (direitos do trabalhador etc.). Por outro lado, a titularidade de alguns direitos foi estendida dos sujeitos individuais aos grupos, como minorias étnicas, religiosas, a humanidade (no caso do meio ambiente), além de ter sido atribuída a sujeitos diferentes do homem, como os animais, a natureza etc.

uma consagração formal de princípios que permite avaliar a extensão desse direito.

Há situações jurídicas em que o direito opera em determinadas situações como princípio fundamental, podendo, segundo Canotilho, ser o direito de resistência e a legítima defesa⁽²⁹²⁾. Juntam-se, nessa equação teórica, os princípios jurídicos constitucionais com as regras assentes na ordem constitucional, que determinam as outras normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais. O substrato material está em si, mas que depende da aderência de outros princípios constitucionais. A Constituição em sentido material significa aquele núcleo essencial de fins e forças que rege o ordenamento positivo, que imprime o caráter de juridicidade a todo o sistema de atos sucessivos que se desenvolve⁽²⁹³⁾.

A questão constitucional compreende os princípios e os procedimentos que traduzem algumas modalidades do exercício do direito de resistência, como a objeção de consciência, a greve política e a desobediência civil. Mas o direito de resistência abarca um domínio mais vasto do que essas espécies constitucionais. Outras modalidades "inominadas" cabem nas práticas constitucionais pertinentes à atividade "afirmativa" de direitos. A ação jurídica convencional disponibiliza meios para modificar e extinguir atos jurídicos considerados injustos.

Deve-se destacar as implicações do fenômeno da resistência, quanto à sua efetividade da ordem constitucional, nas seguintes questões: em que sentido formal e material é tomada a problemática do direito de resistência? Dessa

²⁹² CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*. ob., cit., pg. 171.

²⁹³ MORTATI, Constantino. *La costituzione in senso materiale*. Milão: Giuffrè, 1940, pg. 87.

maneira, a resistência é fundamentalmente um problema “prático”, em que busca a legitimidade social de acordo com o ordenamento constitucional. Dessa forma, não são as normas formais ou materialmente constitucionais as que surgem como o exclusivo critério da efetividade da Constituição, mas a capacidade de aderência à própria ordem constitucional. A aderência do direito de resistência à ordem constitucional passa pelo crivo desses princípios e pela garantia das condições do seu exercício.

Não se trata obviamente de converter a vigência jurídica em efetividade social, mas de destacar a sua “força normativa”, como quer Hesse⁽²⁹⁴⁾, ou a adequação da “normalidade com a normatividade”, como quer Heller⁽²⁹⁵⁾, ou seja, a efetividade material da Constituição não escapa à condição de permanente projeto à espera de ratificação social.

Quanto à efetividade, é bom lembrar que o direito de resistência intervém para tutelar os outros direitos mas não pode, por sua vez, ser tutelado, devendo, portanto, ser exercido com todos os riscos. Bobbio adverte sobre a complexidade jurídica da tutela estatal do direito de resistência. “Juridicamente, o direito de resistência é um direito secundário, do mesmo modo como são normas secundárias as que servem para proteger as normas primárias”⁽²⁹⁶⁾. O direito de resistência, enquanto direito secundário, supõe que seu exercício está em favor do gozo de um direito primário como a vida, a dignidade humana, a propriedade. Ele somente se justifica no caso do descumprimento de algum direito primário, tanto que opera quase sempre de forma sinônima a direito de defesa.

²⁹⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. trad. G. F. Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991, pg. 45.

²⁹⁵ HELLER, H. *Teoria do Estado*. ob., cit., pg. 299

Dessa forma, num plano rigorosamente lógico nenhum governo pode garantir todas as modalidades de exercício do direito de resistência, mas somente algumas se os elementos político-jurídicos atinentes à ordem constitucional forem combinados com os princípios inscritos na Constituição. É certo que se o Estado garantisse todas as modalidades de resistência isso seria contraditório sob o ponto de vista de sua própria sobrevivência, como no caso da revolução, mas certamente algumas modalidades são garantidas – as de menor intensidade política, como a objeção de consciência. Tanto que alguns autores entendem que a consagração da resistência na ordem jurídica é contraditória e perde consistência, conforme afirma Nelson Nery Costa:

"jamais um governo admite que seja opressivo, não apoiando de modo algum a resistência que se possa oferecer à sua atitude. A teoria da resistência é uma categoria jurídica que faz parte dos direitos da cidadania, que perde conteúdo quando positivado"⁽²⁹⁷⁾.

Esse processo traz uma contradição, pois é usado o expediente político de resistência para assegurar a legalidade que, em outros momentos, pode ser exatamente a negação da ordem legal. Machado Paupério nos adverte para esse problema "(...) mesmo que a lei reconheça, jamais é o chamado direito de resistência garantido pela força coativa do governo. Assim, a faculdade de resistir à opressão não pode apoiar-se na força do governo"⁽²⁹⁸⁾.

²⁹⁶ BOBBIO, N. *Era dos direitos*. ob., cit., pg. 95.

²⁹⁷ COSTA, Nelson Nery. *Teoria e realidade da desobediência civil*. ob., cit., pg. 21.

²⁹⁸ PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Direito político de resistência*. ob., cit., pg. 222.

3.4.2 Limites constitucionais da resistência

Em regra, todo direito necessita de prévia limitação, inclusive o direito de resistência. A construção teórica tem como objetivo ver reconhecido no âmbito constitucional o direito de resistência, além da forma limitativa do poder estatal e do limite de ação. Assim, o direito de resistência se reafirma como mais um instrumento para coibir abusos de poder de qualquer grupo poderoso que vise violar o Estado Democrático, mas dentro de alguns critérios mínimos de ação.

A Declaração da ONU, de 1948, já nos adverte, quanto aos limites possíveis do indivíduo ou do Estado, precisamente, no art. XXX: "Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento, a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos".

Da mesma forma, a constituição brasileira estabelece os seus limites, formais e materiais, seja no processo de reforma constitucional⁽²⁹⁹⁾ ou nos controles das ações políticas e judiciais⁽³⁰⁰⁾. O limite imodificável assenta-se no

²⁹⁹ A Constituição expressa os limites de reforma constitucional - emendas e revisão: 1) limites materiais que consistem na proibição de deliberação de emendas tendentes a abolir a forma de Estado Federal, a democracia, a separação de poderes e os direitos individuais e suas garantias. Estes limites se aplicam ao poder de reforma seja através de emendas, seja através de revisão (art. 60, § 4º, CF); 2) limites circunstanciais que consistem na proibição do funcionamento do poder de revisão ou de emenda na vigência de Estado de Sítio, Estado de Defesa e Intervenção Federal (art. 60, § 1º, CF); 3) limite temporal que no nosso texto constitucional se aplicou somente ao poder de revisão e consistiu na proibição de realização da revisão antes de completados cinco anos da promulgação da Constituição.

³⁰⁰ Os controles internos e externos no sistema constitucional brasileiro estão na separação dos poderes, no controle de constitucionalidade e demais instrumentos jurídicos (*habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular), no veto legislativo, no crime de responsabilidade do presidente, no pedido de intervenção nos Estados e Municípios. Além disso a constituição antevê situações de anormalidade do Estado, em três casos: o *impeachment* do Presidente da República (art. 86, CF), o Estado de Defesa (art. 136, CF) e o Estado de Sítio (art. 137,ss, CF). O *impeachment* é o ato pelo qual o Poder legislativo destitui o Presidente da República por crime de responsabilidade, que seria, a grosso modo, o tiranicídio moderno, que seria a morte moral do ocupante de cargo presidencial. As outras duas modalidades de defesa do Estado, o Estado de

art. 60, § 4º; essa cláusula pétrea faz referência legitimadora a toda constituição. É significativo que as constituições considerem irreformáveis parte de seus conteúdos nos quais se concentravam os esforços de afirmar a existência da ordem democrática⁽³⁰¹⁾. Essas técnicas de controle nada mais são do que limites com vistas a sua própria garantia constitucional que induzem à rigidez e à supremacia constitucional. A garantia constitucional da imodificabilidade diz respeito aos princípios, não às modalidades concretas em que estão expressos⁽³⁰²⁾.

A licitude do direito de resistência se manifesta dentro do aparelho de Estado, na preservação dos valores constitucionais inscritos na ordem democrática, como no enfrentamento das ações criminosas tipificadas nos crimes de responsabilidade (art. 85, CF; Lei 1.079/50), como no desrespeito aos poderes estatais entre si, na improbidade administrativa e na ofensa aos direitos fundamentais, e também tipificados como crimes constitucionais (art. 5º, XLIV), na ação de grupos armados contra a ordem democrática.

Apesar de o exercício da resistência revestir formas jurídicas, sempre se apresenta com um caráter marcantemente político, já que não pode divorciar-se dos fins do homem. Algumas equivocadas posições políticas acontecem com o direito de resistência, como o de alguns grupos anarquistas que, em nome do indivíduo, proclamam o mais ilimitado direito de resistência como garantia contra injustiças originárias do Estado, atribuindo a esse direito um “valor supra-

Defesa e Estado de Sítio são situações político-jurídicas excepcionais e emergenciais, quando a ordem pública se encontram ameaçadas por grave ou iminente instabilidade institucional, as garantias constitucionais ficam suspensas e são concedidos poderes excepcionais ao Estado.

³⁰¹ SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. Bahia: Livraria Progresso, 1954, pg. 93.

constitucional⁽³⁰³⁾, fora dos padrões do Estado de Direito. Outras posições políticas mais sensatas conciliam a necessidade do Estado com a liberdade dos cidadãos, limitando o direito de resistir através da distinção entre injustiças suportáveis e insuportáveis e reparáveis e irreparáveis, negando o direito de resistência contra as primeiras (suportáveis e reparáveis) e admitindo-o em relação às segundas (insuportáveis e irreparáveis).

Nesse caso, os limites do Estado são alargados por força das circunstâncias, mas de qualquer forma cabe o direito de resistência. Não é diferente a conclusão de Hobbes, de que todos os direitos foram transferidos dos cidadãos para o soberano para possibilitar a convivência comum; contudo, se aquele ameaça de morte os súditos estes têm o direito de resistir, pois foram aviltados no seu primeiro direito, razão da existência do Estado.

Não há inconveniente político e jurídico em se aceitar o direito de resistência nos marcos constitucionais, desde que o estatuto jurídico da resistência aponte os seus limites, que são os pressupostos éticos, jurídicos e políticos e, da mesma forma, os governos também tenham clara sua noção de limites fixados na Constituição.

Desse modo, condicionados a determinados limites evitam-se os abusos decorrentes da ação governamental, como os abusos da resistência, que nunca podem ser piores do que os abusos da tirania, senão luta-se contra um mal para se cair em outro pior.

³⁰² ZAGREBELSKI, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale*. Vol I. Torino: UTET, 1988 (reimpressão 1993), pg.103.

³⁰³ Vd. BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* trad. J. da Costa. Lisboa: Almedina, 1994; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. ob., cit., pg. 284.

Os elementos conceituais e classificatórios aqui construídos serão aplicados na ordem constitucional brasileira, como veremos no próximo capítulo.

CAPÍTULO 4

**DIREITO DE RESISTÊNCIA NA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

4. DIREITO DE RESISTÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Este capítulo analisa o direito de resistência na ordem constitucional brasileira. Aborda, inicialmente, o debate teórico-político na Assembléia Nacional Constituinte (1997-1988) e a respectiva admissão do direito de resistência no texto constitucional.

O conceito de "resistência" foi usado em vários sentidos antes, durante e depois da Assembléia Nacional Constituinte. Se, inicialmente, a resistência tinha a virtude de enfrentar uma ordem político-jurídica opressora e lutar pela ordem democrática, após a promulgação da Constituição de 1988 ela se transmuda em dois sentidos antagônicos: um representado por aqueles que lutam em favor da efetividade constitucional como instrumento de transformação social e consolidação da democracia, e outro por aqueles que procuram, por qualquer meio, impedir sua efetividade; como bem registra o Prof. Silvio Dobrowolski, desde a sua promulgação a Constituição de 1988 "esteve na mira de poderosas forças políticas e econômicas, no sentido de não cumpri-la e de reformá-la, especialmente no que concerne aos direitos por ela reconhecidos"⁽³⁰⁴⁾.

³⁰⁴ DOBROWOLSKI, Silvio. O Poder Judiciário e a Constituição. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n°. 136, out-dez 1997, pg. 253

Em que pese toda previsão do direito de resistência estar em base constitucional, também se faz presente nas leis infraconstitucionais. No interior do sistema jurídico, a resistência se conforma no campo da licitude ou da ilicitude jurídica (crimes de resistência e desobediência). A resistência lícita ou ilícita se afere preferencialmente nas normas infraconstitucionais, exceto nos crimes constitucionais contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF). A resistência apresenta essa ambigüidade, pois se comporta de forma diversa quanto às suas modalidades: enquanto uma é resguardada, outra é reprovada pela ordem jurídica.

Quanto aos conceitos e classificações, antes definidos teoricamente, serão neste capítulo testados no interior do ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição opera com a díade direitos explícitos/direitos implícitos, sendo que os primeiros se encontram positivados e os segundos possuem existência, mas se encontram fora do texto constitucional. O texto constitucional reconhece mas não positiva o direito de resistência – tradição que vem desde a primeira Constituição de 1824. Reconhece, implicitamente, a resistência por força da cláusula aberta (art. 5º, § 2º, CF), que *não exclui outros* direitos além dos previstos nos catálogos.

No entanto, reconhece pela via explícita algumas espécies, como a objeção de consciência (art. 5º, VIII, c/c art. 143, § 1º, CF); a greve "política" (art. 9º, CF); o princípio da autodeterminação dos povos (art. 4º, III, CF). Essas espécies constitucionais não inibem outras possibilidades de resistência, como a desobediência civil. Nem todos os direitos fundamentais estão explícitos na Constituição. A resistência no sistema constitucional está concebida basicamente na categoria de direito de cidadania.

Ao final deste capítulo, vamos analisar os modos de exercício e os devidos procedimentos jurídicos. Na medida em que cada direito merece proteção jurídica, também se estabelecem os respectivos instrumentos processuais, e assim se afasta de imediato a resistência ilícita.

4.1 Processo constituinte e direito de resistência

A história do Brasil – como também das Constituições – é uma sucessão de ciclos políticos, e neles observamos regimes constitucionais democráticos e períodos autoritários⁽³⁰⁵⁾.

O último ciclo autoritário, com início no regime militar de 1964⁽³⁰⁶⁾, que revogou direitos constitucionais fundamentais e suprimiu as liberdades públicas, encerrou-se com a Constituição democrática de 1988. Contra o regime militar se levantaram as mais diversas pessoas e movimentos sociais, com várias estratégias: uns optaram pela oposição política apenas votando contra o partido da situação (ARENA/PDS); outros, participando ativamente dos movimentos sociais organizados e das instituições democráticas e, por último, pela via da luta

³⁰⁵ A Constituição de 1891 teve pouca efetividade devido a problemas político de toda ordem. Com a Revolução de 1930, quando se iniciou o período Vargas, em 1937 implanta-se uma ditadura sob o pretexto do "esforço de guerra", que vai até 1945. Em 1946, a constituição democrática vai ser derrubada pelo golpe militar de 1964. A ditadura durou até 1982 - quando houve a primeira eleição para governadores - distendida de fato até o fim do Governo João Figueiredo, em 1986, quando se retoma o processo democrático e consolida-se a partir da Constituição de 1988.

³⁰⁶ Com o governo militar o Brasil deixou de ter um governo constitucional para ser governado por "Atos Institucionais", decretados pelos chefes militares em nome do "Comando Supremo da Revolução". Afirmando-se como poder de fato acima de qualquer poder de direito, os militares declararam investidos de poder constitucional, como: suspender e cassar direitos políticos. Esse poder não se sujeitava a nenhuma limitação jurídica, sendo vedado qualquer apreciação judicial desses atos. Em 1967 fizeram aprovar um projeto de Constituição pelo Congresso Nacional, por um parlamento oprimido e semi-representativo. Em 1968, o grupo de militares que governava o país foi substituído por outro, que recrudesce para uma ditadura mais dura, mediante: a declaração de recesso do Congresso Nacional; a cassação de juizes, a revogação na prática dos direitos fundamentais e impõem pela força uma série de modificações constitucionais, por meio da Emenda Constitucional n° 1, de 17/10/1969. Depois disso, o Congresso Nacional voltou a funcionar com sua prerrogativas limitadas até 1988, quando se retoma o processo democrático.

armada (guerrilhas). O Congresso Nacional resistiu bravamente em várias situações contra a tirania do Executivo, como é caso do processo do Deputado Márcio Moreira Alves (MDB/RJ) e da Reforma do Judiciário (Vd. Anexo V). O mesmo aconteceu com o Judiciário, principalmente com o Supremo Tribunal Federal, em 1968, quando se negou a fazer a interpretação desejada pelo Executivo e teve como consequência a aposentadoria compulsória de três ministros: Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal. A luta política pela democracia e pela liberdade se fez durante o processo constituinte, principalmente nos debates da Assembléia Nacional Constituinte⁽³⁰⁷⁾⁽³⁰⁸⁾.

No processo político de redemocratização do país realizaram-se grandes campanhas cívicas em favor de teses democráticas, mas salientam-se dois atos de enorme repercussão política apoiados por quase toda a nação. O primeiro foi a campanha das Diretas Já (1984), quando multidões acorreram às ruas exigindo que o Congresso Nacional reintroduzisse as eleições diretas para Presidente e Vice-Presidente da República. O segundo foi a "campanha constituinte", com a propaganda e a adesão social até as eleições dos constituintes, depois com a

³⁰⁷ Dep. Lysâneas Maciel (PDT/RJ). Diário da Assembléia Constituinte. 03/09/1987, pg. 5140. (....) "o que é preciso é construir um programa de desenvolvimento que implique distribuição de justiça e oportunidades. Logo, precisamos retirar de nossas cabeças - para conseguir elaborar uma Constituição digna e equilibrada - a incômoda, ilegal e anticonstitucional intervenção militar".

³⁰⁸ Sen. Itamar Franco (PMDB/MG). Anais da Assembléia Nacional Constituinte, 27/08/1987, pg. 4953. "Outro aspecto que gostaríamos ainda de ressaltar como essencial à nova Carta, diz respeito às relações entre o Estado e a Sociedade. Uma das grandes características do Brasil no período autoritário que se instalou com os governos militares pós 64 foi o crescente divórcio entre a sociedade civil e o estado. Este quadro, se por um lado deixou profundas seqüelas na Nação, no âmbito do esfacelamento da cidadania da maioria esmagadora da população e deterioração da ordem social, por outro lado recolocou a questão da participação popular. A sociedade civil entende a luta pelo direito e pelo dever de protagonizar a vida e a história da Nação. A Constituição deve refletir esta vontade nacional, o rompimento desse hiato, de modo que a sociedade civil, através de suas várias instâncias de legitimação e representação das várias classes e segmentos da sociedade brasileira (partidos, sindicatos, associações comunitárias etc.) possa este fato estar presente no empenho de construção de uma nova ordem livre e justa. Para isto, faz-se mister, uma profunda transparência nas relações entre o Estado e a sociedade, entre o Poder Público e os cidadãos".

participação popular no processo constituinte. Junto a esses grandes atos cívicos há outras mobilizações sociais também importantes, como a da anistia, a contra a tortura, a busca de desaparecidos políticos e o movimento contra as leis autoritárias (Lei de segurança nacional, AI - 5, Lei de Imprensa).

O regime militar se desenvolveu entre “sístoles e diástoles”, entre a “força bruta” e o “ardil”⁽³⁰⁹⁾. O processo de democratização no Brasil possibilitou uma enorme capacidade organizativa dos movimentos sociais, que se mostraram mobilizados ao lutar pelos seus direitos, principalmente no processo constituinte, que desencadeou uma “irrupção social na Constituinte”⁽³¹⁰⁾.

A convocação se fez a partir de mensagem enviada pela Presidência da República ao Congresso Nacional, em junho de 1985, quando se obteve o acordo das lideranças políticas sobre o ato de convocação da Constituinte, que resulta na Emenda Constitucional nº 26/85⁽³¹¹⁾. Assim nasce o ato jurídico de chamamento ao processo constituinte, aceite sem contestação ainda pelos que percebiam nele algumas limitações: uns desejavam uma *Constituinte exclusiva*, por meio de representantes exclusivos para a elaboração do texto que refletisse os reais anseios do povo; outros defendiam a *Constituinte congressual*, por meio de uma representação que combinasse a funcionalidade do Congresso Nacional com a ANC. Apesar das limitações constantes do ato convocatório, e por não ser uma constituinte exclusiva, torna-se a emenda o símbolo da ruptura formal do Estado autoritário, culminando com a promulgação da Constituição de 1988.

³⁰⁹ SGARBI, Adrian. *O referendo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pg. 19.

³¹⁰ WHITAKER, Francisco (org). *Cidadão Constituinte*. São Paulo: Paz e Terra: 1989, pg. 26

³¹¹ “Art. 1º. Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”.

Dando seguimento ao projeto de elaboração uma nova constituição, o Presidente da República, José Sarney, assina o Decreto nº 91.450 convocando uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, com cinquenta membros, presidida pelo jurista Afonso Arinos de Mello Franco, que encerra sua missão apresentando seu relatório conclusivo ao Presidente da República, que manda publicá-lo no Diário Oficial da União⁽³¹²⁾. A pretexto de não tolher a soberania constituinte, o relatório não foi enviado à ANC, mas ao Ministério da Justiça; contudo, exerceu grande influência nos debates constituintes.

A Assembléia Nacional Constituinte é instalada (01/02/1987) no Congresso Nacional, com a posse dos deputados e senadores constituintes eleitos (15/11/1986), sob a presidência do Ministro José Carlos Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal. A seguir foi eleita a Mesa Diretora da Assembléia Constituinte⁽³¹³⁾, e os trabalhos constituintes tiveram curso. Foram formadas oito comissões temáticas e vinte quatro subcomissões que canalizaram seus relatórios para uma Comissão de Sistematização, como foi observado no processo constituinte português de 1976. "Segundo tais regras, o texto emanado da Comissão de Sistematização estava, de antemão, aprovado, limitando-se o plenário a apresentar emendas que alterassem alguns de seus dispositivos"⁽³¹⁴⁾. Houve três projetos de sistematização (A,B,C).

No dia 25 de maio de 1987 terminou a primeira fase dos trabalhos (Projeto

³¹² DOU, Seção I. Brasília: Imprensa Nacional, 26/09/1986.

³¹³ Presidente Dep. Ulysses Guimarães (PMDB/SP); 1º vice-presidente, Mauro Benevides; 2º vice-presidente, Jorge Arbage; 1º secretário, Marcelo Cordeiro; 2º secretário, Mário Maia; 3º secretário, Arnaldo Faria de Sá; 1º suplente de Secretário, Benedita da Silva, 2º suplente de Secretário, Sotero Cunha. A Relatoria-geral coube ao Dep. Bernardo Cabral (PMDB/PA).

³¹⁴ TAVARES, Ana Lucia Lyra. A constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº. 109, jan-mar 1991, pg. 25

de Sistematização A) com a entrega dos relatórios das subcomissões temáticas. E, após, seguiu-se o processamento das emendas. Nesse processo, que previa a proposição de Emendas Populares (art. 24, do Regimento Interno da ANC), a participação popular se fez sentir pela coleta de mais de doze milhões de assinaturas para o projeto de Constituição⁽³¹⁵⁾.

Além do dado quantitativo, importa assinalar que, durante todo o tempo em que durou o processo constituinte (1987-1988), lá estiveram presentes representantes dos mais diversos segmentos sociais. A sociedade começava a reconstituir o Estado por meio da Constituinte⁽³¹⁶⁾.

³¹⁵ O processo constituinte sofreu enorme influência social - algo inédito no nosso constitucionalismo. A disputa política foi balizada basicamente em duas perspectivas: uma que exigia mudanças significativas na vida do país (ABI, CNBB, OAB, CUT, UNE, UBES, MST, Igrejas, ONGs), enquanto a outra, se não lutava para manter o *status quo*, reivindicava os seus interesses empresariais (UDR, FIESP, CNI, FEBRABAN). Esses diferentes atores sociais na ANC, após o desfogo inicial das demandas estritamente política (anistia, eleições diretas, liberdade dos presos políticos), mudam para uma agenda mais pragmática (salários, empregos, ações coletivas, seguro social, financiamento público, carga tributária e desenvolvimento econômico-social). Somente as entidades religiosas, com destaque para a Igreja Católica, efetuaram ampla mobilização nacional objetivando inserir, no texto constitucional: a reforma agrária; a reforma urbana; a democracia direta etc. Quanto ao plano da Organização do Estado (Executivo, Judiciário, Ministério Público, Procuradorias, Defensorias, Delegados), ao mesmo tempo que tinham o desejo do restabelecimento do Estado de Direito, do fortalecimento do Legislativo e da independência do Judiciário, lutavam por interesses corporativos.

³¹⁶ Dep. Célio Borja (PDC/RJ). Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 05/08/1987, pg. 67-68 (...). "A função da Constituição é organizar a liberdade, e não apenas institucionalizar a autoridade. A autoridade é necessária em qualquer grupo social. O grande problema é organizar a liberdade. Esta é a grande questão. A Constituição, portanto, não pode ser indiferente à sociedade. Ela é um instrumento da sociedade, não é um instrumento fundamentalmente do Estado. Pelo contrário, é a sociedade que exige: eu quero organizar assim o Estado; não é o Estado que diz à sociedade: que te quero organizar. Esta é a grande questão".

4.1.1 *Direito de resistência na assembléia nacional constituinte*

O direito de resistência foi tratado em três comissões e três subcomissões, respectivamente: I Comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher: Subcomissão dos direitos políticos, dos direitos coletivos e garantias; Subcomissão dos direitos e garantias individuais; II Comissão de Organização do Estado: Subcomissão de defesa dos Estado, da Sociedade e de sua segurança; Comissão IV – da organização eleitoral, partidária e garantia das instituições.

Muitos constituintes e convidados para as Audiências Públicas se manifestaram sobre o direito de resistência: alguns se manifestaram a favor⁽³¹⁷⁾, outros com certa cautela⁽³¹⁸⁾ ou com prudência⁽³¹⁹⁾, e, por fim, para evitar

³¹⁷ Prof. Carlos Roberto Siqueira Castro (PUC/RJ). Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Suplementos Atas das comissões. Vol. 2, 27/05/1987, pg. 22. (...) "realmente, é uma norma que gostaria que merecesse a especial atenção de V. Exas "Todos têm direito de garantir o cumprimento da Constituição e de resistir aos atos de violação da ordem constitucional democrática". Em outras palavras é o chamado direito político de resistência ou de desobediência civil. Esse é um tipo de direito que normalmente as Constituições não explicitam, mas que é autorizado pela teoria constitucional democrática. As Constituições socialistas, de modo geral, adotam essa formulação. A Constituição portuguesa de 1976, uma constituição moderna, adotou expressamente essa disposição (...) A velha Constituição francesa de 1793, a chamada Constituição do Ano II, promulgada logo depois da revolução Francesa, também estabelecia o direito de resistência da sociedade contra a opressão. Considero que esta previsão constitucional quando menos servirá de advertência às autoridades constituídas e aos usurpadores de competência institucionais no sentido de que os deslizos e desmandos quanto ao cumprimento da Constituição poderão legitimar a reação e a intolerância do povo, único titular originário da soberania. Servirá, realmente, como um grande sinal vermelho da Constituição contra o desmando governamental".

³¹⁸ Prof. Pedro Figueiredo (ESG/RJ). Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Suplementos Atas das Comissões Vol. 5, 18/07/1987, pg. 39. (...) "Em relação ao direito político de resistência, preferimos ficar com a corrente que entende que esse é um direito natural e que não se resolve juridicamente. Na verdade, quando se invoca o direito político de resistência é porque o Estado já se tornou opressivo e, portanto, já deixou de ser um estado de direito, ou seja, as Constituições e as leis já estão sendo rompidas de alguma forma. Se o Estado não deixou de ser um estado de direito, ele continua a ter aquele chamado direito à autodefesa, quer dizer, se o Estado continua com as características de Estado democrático, continua a subsistir o direito à autodefesa. Mesmo com reconhecimento do direito político de resistência para derrubar uma ditadura e implantar outra - essa é a posição. Na verdade ele é um direito natural".

³¹⁹ Dep. Eliel Rodrigues (PMDB/PA). Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento). Vol. 2, 27/05/1987 (...) "Esse item coincide, de certa forma, com um dispositivo constitucional em vigor na Constituição portuguesa. (...) Esse direito de resistência, que é de fato, um direito inovador no direito constitucional, deve ser visto com muita prudência, porque, evidentemente, é

equivocos⁽³²⁰⁾ ou contra a positivação constitucional. Nesses discursos aparecem alguns elementos já identificados no correr desta pesquisa, a saber: a) a fundamentação da resistência no Direito Natural, no qual as liberdades humanas devem ser mantidas em detrimento da ordem jurídica positiva; b) a necessidade de limitação do Estado, além dos freios e contrapesos; c) a necessidade de criar as salvaguardas da sociedade contra o Estado balizado numa teoria constitucional democrática; d) o fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais; e) a defesa do instituto de autodefesa individual e coletiva contra o governo ou o particular, como a legítima defesa pessoal, o estado de necessidade, a greve política, a objeção de consciência e a desobediência civil.

A bancada do Partido dos Trabalhadores (PT) na ANC apresenta, em 06 de maio de 1987, um Projeto de Constituição em que consta a proposta da positivação do direito de resistência, *in verbis*: "Origem, finalidade do poder e direito de resistência. art. 2º. Todo poder é exercido por delegação e participação popular direta. Sua organização deve ter por fim a eliminação das desigualdades

um direito que cabe a todos. E da mesma forma em que o invasor de um terreno, uma propriedade privada definida poderia reagir a uma ordem, à ordem do proprietário, por exemplo, o proprietário poderia resistir à invasão, sem recursos à autoridade pública. Então é um direito que deve ser definido com muito cuidado e prudência, sob pena de produzir efeitos contraditórios ao que se objetiva. Já a lei civil vigente, o Código Civil, permite a proteção do direito até com esforço físico, em certas circunstâncias. Quer dizer, o Código Penal admite a legítima defesa e o estado de necessidade que seriam versões desse direito de resistência".

³²⁰ Dep. Costa Ferreira. Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 27/05/1987, pg. 85. (...) "do meu ponto de vista, favoreço a idéia do direito de resistência. Devemos redigi-los de tal forma, que não se presta a equivocos, que não se presta exatamente ao objetivo contrário à intenção do legislador. No segundo texto proposto, a resistência poderia ser feita inclusive quando proveniente de autoridade pública (...) com o mesmo direito de resistência que consignássemos na Constituição, estaríamos legislando contra os nossos objetivos. É esse o aspecto que gostaria de salientar. (...) É possível dizer que as leis, na ordem capitalista, são sempre a expressão da classe dominante, que elas consubstanciam sempre os interesses da classe dominante. É um ponto de vista perfeitamente defensável doutrinariamente. (...) pôr fim aos grandes conflitos de invasões: "Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os direitos, liberdades e garantias e de repelir qualquer agressão, inclusive quando proveniente de autoridade pública." (...) Nesses quatro itens, procuramos exatamente dar às próprias pessoas a faculdade de resistir de teimar, de lutar por aquilo a que todos têm direito".

sociais, e assegurar a todos uma vida digna, livre e feliz. Parágrafo único. É assegurado a qualquer pessoa o direito de se insurgir contra atos que violentem os direitos universais da pessoa humana". A seguir, o Dep. José Genoíno (PT/SP) apresenta em forma de emenda a proposta partidária à Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, *in verbis*, "art. 2º - Todo poder é exercido por delegação e participação popular direta. Sua organização deve ter por fim a eliminação das desigualdades sociais, e assegurar a todos uma vida digna, livre e feliz. Parágrafo único. É assegurado a qualquer pessoa o direito de se insurgir contra atos que violentem os direitos universais da pessoa humana"⁽³²¹⁾.

O Relator, Dep. Darcy Pozza (PDS/RS), emite parecer contrário⁽³²²⁾. Após as tratativas regimentais de leitura do parecer, a matéria abre-se para discussão e entra na Ordem do Dia para votação.

No processo de votação na comissão temática, só se manifestou o autor da emenda, o Dep. José Genoíno (PT/SP), com as seguintes palavras:

(...) "Na parte da manhã, quando subi à tribuna para defender esta emenda, vários constituintes expressaram uma estranheza quando o Presidente da Comissão de Sistematização anunciou o conteúdo, que era exatamente o direito à desobediência civil. Não é o direito à revolução, porque a revolução não é um direito, ela se institui

³²¹ Dep. José Genoíno (PT/SP). Subcomissão dos direitos políticos, dos direitos políticos, dos direitos coletivos e garantias., 25/05/87; pg. 23-24

³²² Dep. Darcy Pozza (PDS/RS). Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Subcomissão dos direitos políticos, dos direitos coletivos e garantias. 25/05/97, pg. 191. (...) "que a Constituição assegure "a qualquer pessoa a direito de insurgir contra atos de autoridade pública que violentem os direitos universais da pessoa humana". (...) Nosso anteprojeto vai ao encontro da preocupação do ilustre de forma abrangente, que qualquer cidadão é parte legítima para arguir a inconstitucionalidade de lei ou ato que fira seus direitos; também atenta para a incolumidade da pessoa humana referentes à tortura. Já o golpismo contra Constituição e os preceitos democráticos podem ser repelidos, a nível institucional, pela aplicação plenamente possível do artigo 2º do Anteprojeto, onde se dispõe que a soberania do Brasil pertence ao povo é só por uma das formas de manifestação de sua vontade, prevista na Constituição, é lícito assumir, organizar e exercer o poder. Assim, consideramos que a insurgência alvitrada na Emenda em exame não pode prosperar por autorização constitucional. (...) considero prejudicada a emenda".

enquanto direito, mas é o direito à desobediência civil quando atos de tirania e de opressão contrariam os valores fundamentais estabelecidos na Declaração de Direitos. Esses Constituintes estranharam, e um observador desta Constituinte talvez estranhasse que um Constituinte socialista viesse à tribuna defender os valores de duas Constituições que representaram, na história do capitalismo, o verdadeiro esteio para a elaboração da famosa democracia burguesa⁽³²³⁾. (...) Em 1987, quando estamos aqui estabelecendo uma Constituição que pretende ser democrática, causa estranheza falar desse tema, como se estivéssemos falando algo incomum na história das Constituições de vários países. Não se trouxe aqui a Constituição soviética, não se trouxe aqui a Constituição Cubana, nem a Nicaragüense, mas exatamente a Constituição americana e a Declaração da Constituição Francesa. Sr. Presidente, é necessário que possamos registrar aqui uma questão central: se os princípios fundamentais de nossa Constituição consagram a soberania dos direitos individuais e coletivos, se consagram a soberania da participação popular, pergunto aos Srs.: no momento em que essa soberania for violada, cabe ou não a quem tem aquele direito rebelar-se para garantir um direito maior? O problema central é o seguinte: qual é o valor maior? O valor maior é o princípio da opressão? Se o valor maior é o princípio da soberania popular, em nome da soberania popular e dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, grupos de cidadãos podem rebelar-se contra a tirania e a opressão quando esses direitos estiverem violados. Certamente aqui não vamos entrar numa discussão, se podemos garantir, no texto constitucional, a possibilidade de uma revolução ou se vamos garantir no texto constitucional a possibilidade ou a impossibilidade de um golpe militar. Não se trata disso; trata-se de uma outra questão, se a democracia política, que consagra certos direitos e certos princípios, deve ser aprofundada e radicalizada no sentido daqueles valores que lhe são superiores ou, então, ficaremos numa situação em que a declaração de princípios, porque não tem conseqüências na medida em que ela não é radical na valorização e na superestimação do princípio da soberania. Por isso, Sr. Presidente, que a nossa emenda, por mais estranheza que tenha causado nesta Casa, também busca discutir na Assembléia Nacional uma questão, também que não é nova; e não estou aqui sendo nenhuma espécie rara nesta Casa. Estou trazendo uma

³²³ O Dep. José Genoino faz uma referência as Declarações de Direito. "Eu me refiro, Sr. Presidente, à Declaração de Independência dos Estados Unidos, quando a burguesia americana escreveu, num texto constitucional, as seguintes palavras: "A fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes no consentimento dos governados que sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-lo, ou aboli-lo e instituir um novo governo". E, é novamente, uma Declaração de Direitos de 1793, no seu art. 35, que institui a República burguesa francesa, diz exatamente o seguinte: "Quando o governo viola os direitos do povo, a insurreição é para o povo e para cada porção do povo o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres".

discussão que é antiga, que tem guarida teórica, em teólogos cristãos, na teoria política mais avançada, que tem discussão na formulação política dos nossos dias. E mesmo sabendo que esta emenda não passará nesta Comissão nem na Assembléia Nacional Constituinte, é o nosso dever, diante de um prisma histórico, diante de um prisma político, registrar, perante esta Casa e perante a Nação, quais os valores históricos e filosóficos que vieram à tona na elaboração dos artigos, dos Títulos e dos Capítulos do texto constitucional. Por isso Sr. Presidente, defendo a emenda que consagra este direito, em nome da Soberania dos Direitos Fundamentais do Indivíduo – Direitos Individuais e Coletivos"⁽³²⁴⁾.

Processa-se a votação. A Mesa proclama o resultado (votaram SIM - 25 constituintes; votaram NÃO - 50 constituintes) do total de 75 votos⁽³²⁵⁾. A emenda foi rejeitada regimentalmente.

De qualquer forma, chama-nos a atenção o posicionamento político de alguns constituintes, pelo simples fato de que invertem completamente a lógica partidária (direita, centro e esquerda). Essa constatação se demonstra na "pulverização ideológica" da votação da emenda sobre o direito de resistência, principalmente no caso emblemático dos representativos constituintes Jarbas Passarinho (PDS/PA) ter votado a favor e Roberto Freire (PCB/PE) ter votado

³²⁴ Dep. José Genoíno (PT/SP). Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Ata de Votação do Projeto de Constituição do Relator Bernardo Cabral, 27/01/98, pg. 914-915.

³²⁵ Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Ata de Votação do Projeto de Constituição do Relator Bernardo Cabral, 27/01/98, pg. 914-915. O SR. PRESIDENTE (Afonso Arinos). "Está em votação o destaque da emenda do Constituinte José Genoíno, que acaba de ser defendida pelo seu autor, na tribuna. Em votação. **Votaram SIM** os seguintes Senhores Constituintes: Abigail Feitosa, Ademir Andrade, Cristina Tavares, Egídio Ferreira Lima, Fernando Lyra, Haroldo Sabóia, José Paulo Bisol, Nelton Friedrich, Paulo Ramos, Sigmaringa Seixas, José Costa, Octávio Elísio, Rose de Freitas, Vicente Bogo, Vilson Souza, Alcení Guerra, Jarbas Passarinho, Brandão Monteiro, José Maurício, Bocayuva Cunha, Joaquim Bevilacqua, Plínio Arruda Sampaio, José Genoíno, Aldo Arantes, Jamil Haddad. **Votaram NÃO** os seguintes senhores Constituintes: Bernardo Cabral, Carlos Sant'ana, Fernando Bezerra Coelho, João Calmon, José Geraldo, Milton Reis, Nelson Carneiro, Nelson Jobim, Nilson Gibson, Pimenta da Veiga, Raimundo Bezerra, Renato Vianna, Severo Gomes, Wilson Martins, Albano Franco, Antonio Mariz, Chagas Rodriguez, Délio Braz, Euclides Scalco, Israel Pinheiro, José Tavares, Marcos Lima, Afonso Arinos, Antonio Carlos Mendes Thame, Carlos Chiarelli, Christóvam Chiaradia, Edme Tavares, Eraldo Tinoco, Inocêncio Oliveira, José Lins, José Santana de Vasconcelos, José Thomaz Nonô, Luis Eduardo, Marcondes Gadelha, Mário Assad, Osvaldo Coelho, Paulo Pimentel, Ricardo Fiúza, Sandra Cavalcanti, Cleonânicio Fonseca, Enoc Vieira, João Menezes, Jonas Pinheiro, Ricardo Izar, Darcy Pozza, Gerson Peres, Adolfo Oliveira, José Maria Eymael, Roberto Freire e Antonio Farias".

contra a emenda. Se confrontarmos com a teoria política, esses votos estão disformes, pois uma agremiação partidária defende, em tese, um Estado mais forte em detrimento da sociedade e a outra defende uma sociedade mais forte em detrimento do Estado. Frente a essa situação, fica difícil saber qual o motivo que leva os constituintes a se posicionarem de forma tão discrepante dos modelos clássicos da teoria política liberal e marxista. Essas teorias se relacionam com o Estado de forma diferente: os liberais querem um Estado mínimo para melhor desenvolver suas atividades privadas, enquanto os marxistas querem uma sociedade civil forte e organizada que suplante o próprio Estado. Ou fazendo um outro corte, poderíamos dizer que um foi hobbesiano, quando deveria ser lockiano, e vice-versa. Como vimos, Hobbes propugna um Estado forte para evitar as enfermidades políticas e religiosas advindas, em regra, da sociedade, enquanto Locke defende o contrário, uma sociedade forte para fazer frente ao Estado, pois para ele as enfermidades estão alojadas no governo e não na sociedade, e para isso o direito de resistência opera como garantia da sociedade.

4.1.2 A promessa constitucional de 1988

A Constituição faz uma promessa de construção do Estado de Direito⁽³²⁶⁾. O Brasil consolida vagarosamente o processo democrático e de efetividade dos direitos fundamentais, independentemente de não ter sistematizado no texto constitucional o direito de resistência. Do rol de direitos, a Constituição considera

³²⁶ "Art. 1º A República Federativa do Brasil, (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

outros direitos possíveis que a expressão direitos fundamentais possa conter, como os princípios e garantias constitucionais (art. 5º, § 2º, CF); isso quer dizer que o sistema constitucional pode ordenar materialmente outros direitos que já existem no mundo dos fatos.

No Preâmbulo, a Constituição anuncia a dimensão democrática do novo ordenamento jurídico brasileiro, “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 (...)”. Quando a Constituição anuncia os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito – entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, III, CF) – quer indicar que não há Estado Democrático de Direito sem direitos fundamentais, já que esse é um elemento do Estado, assim como não existem direitos fundamentais sem democracia. A Constituição consigna os objetivos (art. 3º) do Estado (a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação). No art. 4º, estabelece os princípios do Estado (a prevalência dos direitos humanos; a autodeterminação dos povos; a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade).

A Constituição fixa princípios que deverão condicionar e orientar a aplicação de todas as suas normas, bem como as atividades legislativas, executivas e judiciárias.

De fato, os valores estruturais da Constituição colocam o homem no centro das atenções do Estado, tanto que, examinando os fundamentos, os objetivos e os princípios da República (arts. 1º, 3º, 4º, CF), é fácil concluir que o constituinte elegeu a dignidade da pessoa humana como um valor essencial, o qual confere unidade e sentido de interpretação constitucional que informa todo o ordenamento jurídico, assentado no princípio do respeito à dignidade humana⁽³²⁷⁾.

Avançando no texto constitucional, há uma extensa declaração de direitos em seu Título II – Dos direitos e garantias fundamentais – especificamente no Capítulo I, que se refere aos direitos e deveres individuais e coletivos – são enumerados setenta e sete incisos que refletem, também, a influência internacional da proteção aos direitos humanos. São classificados em cinco espécies de direitos: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos⁽³²⁸⁾.

A Constituição inova ainda quando amplia o rol dos direitos e garantias fundamentais ao incluir no catálogo não só os tradicionais direitos civis e políticos, como também os direitos sociais. Os direitos individuais correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e autonomia dos particulares ante o Estado, como a vida, a dignidade, a honra e a liberdade. A Constituição assegura a liberdade de pensamento, que se subdivide em duas: a

³²⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, ob., cit., pg. 168-169. A partir de diferentes preceitos constitucionais podem sintetizar-se cinco diretrizes básicas, segundo Jorge Miranda: a) dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade; d) só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; e) a proteção da dignidade das pessoas postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; e) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

³²⁸ SILVA, José Afonso. *Direito constitucional positivo*. ob., cit., pg. 164.

primeira, a liberdade de consciência, compreende a liberdade de opinião e de crença; a segunda, a liberdade de exteriorização do pensamento, abrangendo a liberdade de palavra e de culto. Esses direitos, também conhecidos como direitos civis e políticos, são guiados pelo princípio da liberdade, enquanto os direitos sociais são fundados no postulado da igualdade e, articulados com os direitos coletivos, provocam a emergência da justiça social.

Os direitos sociais valem como prestação positiva do Estado para realizar a democracia econômica e social (art. 6º, CF), como proteção aos mais fracos em face da desigualdade social. Esses direitos sociais são conexos com o direito da igualdade⁽³²⁹⁾. A saúde, a educação, a segurança social, a assistência aos desamparados, o acesso ao emprego e à renda, o acesso à terra e à moradia constituem o maior desafio do Estado brasileiro. Essa é função do Estado: formular políticas que alcancem essa massa humana, que conhecemos por sem-terra, sem-teto, sem-renda, sem-emprego e sem nada. A não-distribuição equânime da justiça social, além de descumprir um preceito constitucional, legitima política e juridicamente os movimentos sociais a exercerem o direito de resistência.

A leitura constitucional reconhece a sociedade pluralista que dialoga entre a realidade social e a realidade jurídica. Isso demonstra a vontade constituinte de priorizar os direitos fundamentais que não podem ser dispensados pelo intérprete constitucional. A dignidade humana torna-se um critério definidor da justiça do Estado e social, pois está consubstanciada numa condição social que assegura a vida digna, o direito à intimidade, à honra, à imagem.

³²⁹ SILVA, José Afonso. *Direito constitucional positivo*. ob., cit., pg. 253.

Essa articulação de direitos possibilitou a junção da ação jurídica com o ato político. A Constituição não só instituiu um regime político democrático como também promoveu inegável avanço no campo dos direitos coletivos, como a função de "substituto processual" das entidades sociais e sindicais. Nessa nova dimensão, a Constituição acolhe o princípio da interdependência dos direitos fundamentais, que informa a possível harmonia entre a liberdade e a igualdade ou a conciliação entre os direitos individuais e os direitos coletivos e sociais.

Por repousar o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição material dos direitos fundamentais, erigiu-se também na condição de cláusula pétrea do Estado (art. 60, § 4º, IV, CF). Dessa forma, a dignidade se apresenta como um direito individual, seja em relação ao Estado ou aos demais indivíduos, como também restabelece o verdadeiro dever de tratamento igualitário a todos. A dimensão pessoal postula o valor igualitário e incondicional da sua dignidade. Dignidade da pessoa é respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira⁽³³⁰⁾. De igual modo, a Constituição, a despeito de seu caráter compromissório, repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado"⁽³³¹⁾.

A Constituição, quanto aos aspectos teóricos e práticos, pretende combinar a democracia representativa com a democracia participativa. Uma democracia não exclui a outra, uma desenvolve a noção da representatividade da sociedade, enquanto a outra traz a nítida idéia da participação nos atos de governo. É o que está configurado no parágrafo único do art. 1º da CF – onde todo poder emana do

³³⁰ NEVES, Castanhera. *A revolução e o direito*. Lisboa, 1976, pg. 207

povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (democracia representativa) ou diretamente (democracia participativa). A oxigenação da vida política passa pela democracia participativa, no uso dos institutos de democracia semidireta (a iniciativa popular de leis, o referendo popular, o plebiscito e a ação popular), como também por várias formas de participação dos trabalhadores nos colegiados dos órgãos públicos (art. 10, CF), com a representação direta junto aos empregadores (art. 11, CF), na fiscalização das contas públicas e na denúncia de irregularidades ao Tribunal de Contas (art. 31, § 3º; art. 74, § 2º, CF), a participação na gestão administrativa da seguridade social e no ensino público (art. 194, VII; art. 206, VI, CF) e a preservação do patrimônio histórico (art. 216, § 1º, CF).

O direito político aparece no início da Constituição, consoante se verifica a natureza do poder político brasileiro, conforme indica o art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Por esse enunciado, resultou que o regime democrático adquiriu feição mista, conjugando duas variantes: a) a representativa; b) a deliberativa direta. As duas variáveis estão articuladas na vigente ordem constitucional, convivendo harmonicamente, dentro dos parâmetros fixados na própria Constituição. Essa estrutura constitucional não se exaure na transcrita disposição, adquirindo forma operativa ao se correlacionar com o art. 14, ao modo seguinte: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

³³¹ MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. 2a. ed. Tomo IV. ob., cit., pg. 166.

A Constituição faz um chamamento do povo ao sufrágio, não mais apenas para a eletividade de seus representantes, mas compreendendo ainda atividades deliberativas diretas e participativas do povo por plebiscitos, referendos e iniciativa popular. Quanto à iniciativa popular, a Constituição chama o povo para participar da vida política, incorporando entre elas, as várias modalidades de resistência, como bem observa o Prof. Silvio Dobrowolski.

"A atual Lei Maior trouxe condições para que as regras jurídicas positivas deixem de resultar das lucubrações claustrais de alguns exercentes do Poder do Estado, como os membros de sua tecnoburocracia, e passem a ostentar o selo legitimador da participação popular"⁽³³²⁾.

A Constituição abriu grandes possibilidades de ação política, em profunda adequação aos propósitos da construção do Estado democrático de direito. A participação política do cidadão no Estado foi especificada em ações políticas e jurídicas. A Constituição salienta a importância dos direitos fundamentais, relacionando-os com os princípios da soberania popular e da dignidade humana como imperativos de justiça social.

A liberdade política, em que se assentam as disponibilidades inerentes à cidadania, teve peculiar resguardo constitucional, prevalecendo a exata compreensão de que ela sempre acompanha o cidadão. Houve, portanto, um alargamento da participação popular na produção do poder político, que não mais se exaure na atribuição dos mandatos representativos: o poder estatal está adstrito ao povo, fonte única da soberania.

Enfim, a promessa constitucional de direitos e garantias fundamentais preenche as três dimensões do Estado de Direito: juridicidade, constitucionalidade

e direitos fundamentais, independentemente das concretizações de princípios constitucionais⁽³³³⁾. Além disso, a Constituição abre para essas concretizações direitos que se encontram não-especificados no rol de direitos, já que esses não puderam ser catalogados (art. 5º, § 2º, CF). A Constituição vai mais longe, ao solenemente declarar que todos os direitos e garantias têm aplicação imediata nos termos constitucionais (art. 5º, § 1º), o que significa que são normas de eficácia plena.

4.2 Perspectivas constitucionais da resistência

O texto constitucional brasileiro assegura material e formalmente a resistência. A resistência constitucional se apresenta sob o aspecto formal (direitos políticos e civis consignados na Constituição) e sob o aspecto material (os direitos materialmente constitucionais, como os princípios implícitos). A resistência constitucional apresenta-se em duas condições: uma, reconhecendo a resistência como fato empírico, o que desse modo protege os fatos sociais, como os movimentos sociais organizados que praticam a desobediência civil⁽³³⁴⁾, que está inclusa no art. 5º, § 2º, CF; a outra, submetendo-o à efetividade normativa das espécies constitucionais, como a objeção de consciência (art. 5º, VIII c/c art. 143, § 1º, CF), a greve "política" (art. 9º, CF) e o princípio da autodeterminação

³³² DOBROWOLSKI, Silvio. O pluralismo jurídico na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n.º. 115, jul-set 1992, pg. 225.

³³³ CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional*. ob., cit., pg. 357.

³³⁴ Prof. Pedro Figueiredo (ESG/RJ). *Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Suplementos Atas das Comissões Vol. 5, 18/07/1987, pg. 39. (...) Em relação à desobediência civil, já estamos em outro patamar. (...) Esses mecanismos citados não são mecanismos institucionalizados e nem devem sê-lo. Eles são mecanismos de natureza, digamos, natural e podem ser reconhecidos, ex post, pôr uma decisão política, mas não como mecanismo institucional da democracia. A democracia tem outros recursos, outros mecanismos para compor os conflitos, para superar os conflitos, para administrar os conflitos".*

dos povos (art. 4º, III, CF) como fator integrador da ordem político-jurídica. Essas espécies de resistência que se expressam positivamente não inibem outras possibilidades de resistências, no que diz respeito à matéria de ordem constitucional.

A Constituição expressamente reconhece a existência de "outros" direitos e garantias além dos nela elencados, *verbis*, art. 5º, § 2º.

“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”⁽³³⁵⁾.

A construção constitucional visa revelar a essência das normas constitucionais, operando assim com a problemática das regras e princípios. Os princípios constitucionais são os princípios que edificam o Estado de direito, que, no caso brasileiro, alcança a condição de "Estado democrático de direito"; isso quer dizer que, quando se aplicam, tais princípios visam ao ideal de justiça material. Esses princípios decorrem da razão do Estado democrático para realizar, segundo o direito, o seu ideal de justiça material⁽³³⁶⁾.

Quanto aos princípios, o sistema constitucional admite, além dos explícitos, os implícitos. Os explícitos se encontram em todo o texto, mas principalmente na abertura da Constituição, e são, por sua vez, denominados "fundamentos" (art. 1º, CF), "objetivos" (art. 3º, CF) e "princípios" (art. 4º, CF). Os princípios implícitos,

³³⁵ Esse preceito provém da Nona Emenda da Constituição do Estados Unidos da América, que expressa: "A enumeração de certos direitos que se faz nessa Constituição não deverá ser interpretada como denegação ou menoscabo de outros direitos que conserva o povo". Aparece esse preceito, com pequenas variações textual, em todas Constituições Republicanas Brasileiras: Constituição de 1891, art. 78; Constituição de 1934, art. 114; Constituição de 1937, art. 123; Constituição de 1946, art. 144; Constituição de 1967, art. 153, § 36; Constituição de 1988, art. 5º, § 2º.

³³⁶ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pg. 28.

por seu turno, se encontram de forma difusa no texto constitucional, no qual podemos listar os seguintes princípios: a) da liberdade geral em que tudo é livre, exceto no que for proibido, decorrente do princípio da legalidade (art. 5, II, CF); b) da finalidade do Estado em realizar a justiça e o bem-estar social; c) da qualidade vida física e mental; d) da legitimidade do título e do exercício do governante.

A própria Constituição, em cláusula aberta (art. 5º, § 2º, CF), manda incorporar "outros" direitos e garantias ao rol dos direitos fundamentais, isto é, 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"⁽³³⁷⁾.

Esse comando consagra, além da tutela de direitos e garantias fundamentais, a previsibilidade de fundamentação de outros direitos decorrentes do regime político ou dos tratados Internacionais. Quanto ao enunciado, não se excluem "outros" direitos. Isso quer dizer que o sistema jurídico integraliza "novos" direitos em três perspectivas: uma, quanto ao regime político; a segunda, por decorrência dos princípios constitucionais; e a terceira oriunda dos tratados internacionais. A Constituição procura assegurar o uso e a defesa dos direitos fundamentais por razões políticas, principalmente decorrentes de princípios e do regime democrático.

³³⁷ Dep. João Paulo Pires Vasconcelos (PMDB/MG). Diário da Assembléia Nacional Constituinte (suplemento Nº 67), 28/05/1987, pg. 66. Apresenta a Proposição Nº 8.218, *verbis*: "A especificação dos direitos e garantias coletivos e individuais expressos nesta Constituição não exclui o reconhecimento de outros direitos e garantias decorrentes dos princípios e regime por ela adotados, ou das declarações internacionais de direitos das quais o País for signatário". Mais tarde, no Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização (A), aparece nova redação, *verbis*: "art. 6º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza: § 59. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos atos internacionais de que o país seja signatário".

O preceito constitui norma de dúplice classificação, sendo “uma primeira norma de eficácia plena, que abrange “os outros direitos e garantias” nela consagrados, os quais encontram seu fundamento no regime e nos princípios adotados pela Constituição, dos quais decorre. É dizer: localizáveis e identificáveis a partir do regime e dos princípios constitucionais, e então aplicáveis desde logo (...) por força da determinação do § 1º do art. 5º. Uma segunda norma, programática, referente aos direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁽³³⁸⁾. Quanto às normas advindas dos tratados internacionais, necessitam da chancela legislativa para admitir pleno vigor. Da mesma forma, não esperamos encontrar o direito de resistência nos tratados internacionais, porque nenhum Estado, em regra, assinaria solenemente a possibilidade de ingerência externa para tratar de questões referentes à legitimidade do governante, salvo a recomendação para que adote o regime democrático, a autodeterminação dos povos e assegure os direitos humanos.

O sistema constitucional aberto admite os direitos fundamentais implícitos, tanto que o preceito revela a intenção do constituinte de não tornar *numerus clausus* a enumeração dos direitos e garantias fundamentais, admitindo direitos implícitos, dando-lhe interpretação extensiva quanto à tutela das liberdades públicas. A simples interpretação do art. 5º, § 2º indica que o catálogo de direitos não é exaustivo, que a Constituição apenas enumera alguns direitos fundamentais, mas não todos. Dessa forma, não podemos interpretar a Constituição no sentido estrito e eliminar outros direitos ali não previstos. O

³³⁸ GARCIA, Maria. *Desobediência civil. Direito fundamental. ob., cit.,* pg. 206-207

exame ora empreendido visa a salientar algumas das garantias implícitas, correlacionando-as com os direitos fundamentais que elas têm por finalidade: proteger ou promover. Advirta-se que todas essas garantias implícitas são consideradas aqui como garantias *fundamentais*, não cabendo distinções entre elas e outras de tipo diverso⁽³³⁹⁾.

Essa cláusula aberta é um comando normativo integrado ao sistema positivo, para que se absorvam outros direitos e garantias não declarados no texto constitucional. Esse "novo" rol exige matérias a serem interpretadas e estatuídas, que passaram a ser reveladas em sua especificidade pela hermenêutica constitucional. Exatamente essa abertura constitucional permite reconhecer a resistência, mas a partir de elementos formais previsto na própria Constituição. Dessa forma, pode coexistir o direito de resistência ausente no ordenamento jurídico e um direito de resistência materialmente constitucional, pois os princípios implícitos nada mais são do que programas da Constituição substancial, como conjunto de normas substancialmente inseridas ou não na "Constituição formal"⁽³⁴⁰⁾. Mortati aproxima o conceito de constituição substancial do de constituição material, e o mesmo se faz com o princípio implícito do direito de resistência, enquanto "área aberta" de valores constitucionais.

A Constituição, ao reconhecer o direito de resistência, age dentro de uma unidade de valor de defesa do sistema de direitos fundamentais e também da concordância estrutural do direito de resistência com a ordem constitucional, que se assenta na defesa do regime democrático e dos direitos fundamentais. Então,

³³⁹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pg. 173.

³⁴⁰ MORTATI, C. *La Costituzione....* ob., cit., pg. 87.

a unidade de valor constitucional está nos direitos e garantias fundamentais e no regime democrático.

O sistema aberto se relaciona com valores constitucionais, como o pluralismo jurídico, que recepciona princípios políticos e jurídicos da igualdade e da fraternidade, o pluralismo de idéias, a liberdade de expressão, a liberdade de reunião e a liberdade de associação. A ordem constitucional pluralista se apresenta como um "modelo dualista antagônico", sobretudo pela relação entre indivíduos e destes com o Estado. O Estado que reconhece a sociedade pluralista oferece condições que tornam possível o direito de resistência no sistema político, principalmente quando institucionaliza procedimentos de solução de conflitos que traduzam a convicção generalizada acerca dos valores constitucionais em questão. O Estado pluralista não precisa concordar com todas as reivindicações, todavia não pode concordar ou negá-las em virtude de antipatia em relação ao indivíduo ou grupo demandante.

Projetando essa abertura constitucional, pode-se concluir com Canotilho que o fenômeno constitucional deve ser um sistema normativo aberto, porque tem uma disponibilidade de aprendizagem para captar a mudança da realidade cambiante da verdade e da justiça⁽³⁴¹⁾. Assim se consubstancia a tese dos direitos materialmente fundamentais, balizada por princípios da não-identificação ou da cláusula aberta (art. 5º, § 2º, CF), em que estariam inclusos também outros direitos. Mas essa construção teórica da cláusula aberta a partir do preceito fixado pelo art. 5º, § 2º, que reconhece a existência do direito de resistência ou a modalidade de desobediência civil, nem sempre é assente para os juristas

³⁴¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. ob., cit., pgs.172.

brasileiros. Pontes de Miranda nos diz que os termos advêm da Constituição norte-americana, e a enumeração de alguns direitos na Constituição não pode ser interpretada no sentido de excluir ou enfraquecer outros direitos que tem o povo⁽³⁴²⁾. Paulino Jacques vê, nesse preceito, a distinção entre direitos implícitos e explícitos⁽³⁴³⁾. Nessa mesma linha de pensamento, a Prof^ª. Rosah Russomano manifesta que a enumeração não tem um cunho taxativo⁽³⁴⁴⁾. Sahid Maluf, referindo-se a esse preceito, diz que a Constituição não pode, como é obvio, relacionar casuisticamente todos os direitos individuais⁽³⁴⁵⁾. José Cretella Junior afirma que o preceito traduz conteúdos vários⁽³⁴⁶⁾, e por fim, Pinto Ferreira explica

³⁴² MIRANDA, Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967*. Tomo V, 3^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pg. 659. "(...) Com isso, invoca-se o fato de o poder estatal estar no povo; e ao mesmo tempo se alude a ser sistema, ser todo. Ainda mais: não se limitaram os direitos (supra-estatais) do Homem, nem os Direitos dos Povos. Os textos constitucionais, quando se preocupam com os direitos dos indivíduos e dos nacionais, mais cogitam daqueles que facilmente se põem em perigo. Com isso, não negam os outros, como, por exemplo, o direito à vida".

³⁴³ JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 8a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pg. 513. "A cláusula salutar dos "direitos implícitos" (*implied rights*) que se garantem aos governados, é contrapartida dos "poderes implícitos" (*implied power*), que assistem aos governantes. Se os governados estão adstritos a aceitar os atos que os governantes praticam, baseados em poderes não expressos na constituição, os governantes estão, à sua vez, obrigados a reconhecer direitos aos governados, que embora não expressos, resultam do regime e dos princípios que a constituição adota".

³⁴⁴ RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 3a. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, pg. 412. "Não exaure a matéria. Focaliza apenas aqueles direitos de maior realce e que mais facilmente podem ser lesados ou subtraídos ao indivíduo. São esses os direitos e garantias constitucionais implícitos a respeito dos quais não tem cabimento a regra geral de interpretação das leis - *inclusio unius alterius est exclusio*. Entretanto, a doutrina sugere, como exemplo dos direitos em foco, os pertinentes à honra, ao recato, ao segredo, à identidade etc. Enfim, os que, na expressão do jurista, encarnam os direitos à integridade moral".

³⁴⁵ MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978, pg. 59. "As constituições limitam-se a explicitar aqueles que mais comumente são violados, e com isso não suprime nem nega outros direitos e garantias não expressamente mencionados, que decorrem do regime democrático dos princípios gerais adotados".

³⁴⁶ CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, pg. 869-870. "há toda uma sistemática na constituição e a estrutura das normas, que traduzem conteúdos vários, depende do regime, dos princípios e da filosofia que se colocam como alicerces do sistema".

que a finalidade desse preceito é evitar violações contra os direitos humanos, por isso a enumeração é puramente exemplificativa e não exaustiva⁽³⁴⁷⁾.

Aos poucos a construção jurisprudencial vai revelando esses "outros" direitos, conforme o art. 5º, § 2º, CF. Uma decisão jurídica interessante em relação a tal preceito foi dada pelo Supremo Tribunal Federal como garantia individual do contribuinte⁽³⁴⁸⁾. Uma outra fonte evidente de direitos implícitos está na lei civil⁽³⁴⁹⁾. Na realidade, os direitos emergentes de normas constitucionais expressas também não afastam outros outorgados pela legislação comum.

4.2.1 Resistência implícita

O direito de resistência decorre, além das regras, também de princípios constitucionais. A resistência explícita se demonstra pelas modalidades constitucionais (greve política e objeção de consciência), enquanto a resistência implícita decorre dos direitos e princípios constitucionais explícitos e implícitos.

A essência da resistência implícita está na materialidade dos princípios do regime democrático e se combina com os elementos constitucionais formais,

³⁴⁷ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1989, pg. 220. Em outras palavras, o parágrafo em estudo é um rol de direitos e não um catálogo completo. Como os direitos são emergentes, não se pode limitar os direitos supra-estatais.

³⁴⁸ Diário da Justiça. Brasília: Imprensa Nacional, 18/03/94, pg. 5165. STF. Rel. Sydney Sanches. ADIN N° 939, 15/12/1993. Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar do Imposto Provisório sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e direitos de Natureza Financeira. "Arts. 5º, § 2º; 60, § 4º, incisos I e IV; 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c", "d", da Constituição Federal: 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de constituinte derivado, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", CF). 2. A Emenda Constitucional n° 3, de 17/03/1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor no § 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI, CF, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e norma simuláveis (somente eles, não outros): 1. o princípio da anterioridade, que a garantia individual do contribuinte (art. 5, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição)".

³⁴⁹ Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, *verbis*: "Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

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); e, por fim, pela constitucionalização das espécies de direito de resistência (greve e a objeção de consciência).

Os direitos implícitos incorporam a verdadeira contrapartida dos direitos e garantias explícitos e também dos poderes explícitos do Estado. Ainda que esses direitos "implícitos" não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, a Constituição lhes confere um valor integrador do sistema jurídico constitucional que complementa o rol de direitos fundamentais. Os direitos implícitos são identificáveis a partir dos princípios explícitos, antes de se tratar de uma restrição, já que a Constituição não nega a existência de direitos implícitos, desde que sejam harmonizados por ela própria. Toda e qualquer restrição há de ser prevista de forma explícita ou por decorrência direta dos princípios e regras adotados pela Constituição. Da mesma forma, a Constituição não prevê de modo algum, em seu texto, restrição ao direito de resistência nos termos aqui trabalhados; nesse sentido, há que se fazer uso da clássica parêmia: "onde a lei não restringe não pode o intérprete fazê-lo".

Dessa forma, a resistência implícita se sustenta por esse elemento antes citado, mas, fundamentalmente, pela exegese do art. 5º, § 2º, que traz à colação os direitos fundamentais, entre eles os individuais, que, segundo José Afonso da Silva, combinam três grupos: "1º) direitos individuais expressos, aqueles explicitamente enunciados no art. 5º, § 2º, CF; 2º) direitos individuais implícitos,

aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art. 5º, II); 3º) direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, aqueles que não são nem explícita nem implicitamente adotados, como o *direito de resistência*, entre outros de difícil caracterização *a priori*⁽³⁵⁰⁾. Nessa perspectiva o direito de resistência é apenas individual, e salvo melhor juízo não se pode admitir a resistência apenas nessa perspectiva, principalmente se for decorrente do regime político, quando há uma extraordinária desproporção entre a ação e o resultado. Num cálculo apropriado, a resistência nesse caso só terá êxito se for coletiva, como a greve política, a desobediência civil e o direito de revolução.

Uma das conseqüências jurídicas do art. 5º, § 2º é a exegese desses "novos" direitos e garantias implícitos que penetram no ordenamento jurídico e necessitam da devida hierarquização de valores. "Outros direitos e garantias" são identificáveis através da sua interpretação sistemática, exceto os oriundos dos tratados internacionais. Mas como se aferem esses "novos" direitos? Trata-se de uma questão complexa que, de toda forma, se resolve pelos meios ordinários da hermenêutica constitucional, pela jurisprudência e pela doutrina, como nos seguintes casos: na vedação à reunião com armas implicitamente aparece o direito à reunião pacífica (art. 5º, XVI, CF), em que se assegura a liberdade de expressão; o direito implícito de desassociação ou a liberdade de não-associação decorre do direito de associação (art. 5º, XVII, CF), e da mesma forma o direito

³⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. ob., cit., pg. 174.

implícito de oposição política decorre do pluripartidarismo (art. 17, CF) e do sufrágio (art. 14, CF, eleição, plebiscito, referendo, iniciativa popular).

Na prática, esse desvendamento dos "novos" direitos, que são indeterminados, funciona também como "válvula de segurança" do Estado, permitindo interpretações extensivas para atenuar os conflitos políticos e sociais. Outra limitação importante para uma compreensão e uma aplicação constitucionalmente adequadas do conceito material dos direitos fundamentais diz respeito à necessária harmonização entre os direitos "revelados" pelo intérprete e a sistemática da Constituição⁽³⁵¹⁾.

No processo de efetivação do direito de resistência, dois fatores devem ser observados: a) a necessidade de preservação dos princípios constitucionais, mesmo que se revelem contrários à resistência; b) a exigência de uma prática hermenêutica adequada que combine a Constituição com a resistência, caso contrário estamos no campo da ilicitude. Um dos problemas constitucionais está na ausência de uma fórmula que concilie as dimensões jurídicas e política da resistência. Dessa forma, a resistência pode ser interpretada como um método que opera com cláusula aberta, e não com lacunas descoberta e oculta⁽³⁵²⁾, pois não ficou no anonimato ou no esquecimento, simplesmente o direito de resistência não foi aprovado pelos constituintes na ANC. O papel da Constituição é apenas o de definidora das regras fundamentais⁽³⁵³⁾.

³⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pg. 136-137

³⁵² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. trad. A. G. Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986, pg. 171.

³⁵³ Dep. Célio Borja (PDC/RJ). Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 05/08/1987, pg. 67/68 (...). "A Constituição não pode ser um instrumento de dominação do Estado sobre a sociedade. Tem que ser uma tentativa de organizar o Estado e dar à sociedade meios para ela que se afirme e encontre o seu próprio destino".

Com isso, aparece o conflito entre princípios e regras jurídicas explícitas com princípios implícitos que, no fundo, mostram um conflito político que o jurista terá de reconhecer como "outros" direitos, pela hermenêutica constitucional. Dessa forma, o texto constitucional não pode ceder suas estruturas materiais para a negação de direitos e garantias fundamentais. Em todos os casos de resistência explícita ou implícita deve-se proceder à concordância dos direitos que se encontram em colisão, com vista a amenizar a tensão entre eles. "Um lance de olhos sobre a Constituição brasileira revela diversos pontos de tensão normativa, isto é, de proposições que consagram valores e bens jurídicos que se contrapõem e que devem ser harmonizados pelo intérprete"⁽³⁵⁴⁾.

A complexidade do texto constitucional exige elementos metodológicos próprios para a interpretação e a aplicação de seus comandos. Assim, é grande sua importância na interpretação especificamente constitucional. Não se pode perder de vista que, ao se interpretar a Constituição, deve-se dar o máximo de eficiência a suas normas, conforme observa Konrad Hesse: "a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação"⁽³⁵⁵⁾.

Assim, pode-se pensar a normatividade no âmbito constitucional de um sistema aberto a partir da hermenêutica e seus respectivos métodos de trabalho, sobretudo o concretista⁽³⁵⁶⁾.

³⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, pg. 183 e ss.

³⁵⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. ob., cit., pg. 19.

³⁵⁶ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional*. ob., cit., pg. 220. "Este método arranca da idéia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela *pré-compreensão* do seu sentido através do intérprete. A interpretação da Constituição também não foge a este processo: é *uma compreensão*

A convivência conflitiva dos princípios e regras deve ser harmonizada, e quando estes incidirem contraditoriamente sobre o direito de resistência deve-se aplicar o princípio em detrimento da regra e os critérios possíveis da teoria do direito⁽³⁵⁷⁾. Prevalece a idéia de valor, com pesos distintos, sem que um retire a validade do outro, o critério de solução de conflitos de direitos válidos em termos gerais e abstratos. São princípios de “ponderação e/ou harmonização concretas” (F. Mueller), “da concordância prática”(Hesse). Os princípios constitucionais formam uma espécie de consenso sobre os valores básicos da sociedade, razão pela qual servem com um critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema⁽³⁵⁸⁾.

4.3 Modalidades de resistência constitucional

Nesta seção vamos analisar as modalidades de resistência explícita previstas na Constituição brasileira de 1988. A objeção de consciência e a greve política estão positivadas no Título II - Dos direitos e garantias fundamentais, e no

de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma actividade práctico-normativa, *concretizando* a norma para e a partir de vários pressupostos da tarefa interpretativa : os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de contexto, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: O método hermenêutico é uma via hermenêutico-concretizante, que se orienta não para um pensamento axiomático, mas para um pensamento problematicamente orientado. Todavia, este método concretizador afasta-se do método tópico-problemático, porque enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no pressuposto do *primado do texto constitucional em face do problema*”.

³⁵⁷ São três os critérios extraídos da teoria do direito: o cronológico, no qual prevalece a norma posterior (*lex posterior derogat priori*); o hierárquico, que faz prevalecer a norma superior (*lex superior derogat inferiori*); e a especialidade, que constitui o predomínio da norma especial (*lex specialis derogat generali*).

³⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, pg. 261

Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, e no Capítulo II - Dos Direitos Sociais, respectivamente.

A partir da recuperação teórica desenvolvida sobre as modalidades gerais de resistência no Capítulo III, pretende-se demonstrar o estatuto e as vias de acesso jurídico da objeção de consciência e a greve política. A constitucionalização reforça a garantia do direito de resistência, na medida em que a Constituição formal reconheça as espécies que contêm o direito de resistência. A ordem jurídica brasileira também apresenta as modalidades de resistência lícita e ilícita, conforme veremos nesta seção.

4.3.1 Objeção de consciência

A objeção de consciência, como vimos, é uma modalidade de resistência de baixa intensidade política (negação parcial das leis) e de alta repercussão moral.

O arcabouço da objeção de consciência encobre uma estrutura complexa de normas garantidoras de direitos subjetivos e impositivas de deveres ao Estado, em dupla perspectiva: a) constituem normas de competência negativa para os poderes públicos; b) implicam um poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Na Assembléia Nacional Constituinte, a defesa da objeção de consciência foi encampada principalmente por democratas⁽³⁵⁹⁾, grupos religiosos e pacifistas, tendo como questão de fundo a liberdade de crença religiosa⁽³⁶⁰⁾⁽³⁶¹⁾.

A liberdade de pensamento, de consciência e de religião constitui a estrutura conceitual da objeção de consciência. A Constituição assegura, como direito fundamental, a liberdade de pensamento (art. 5º, IV, VI, CF), que se subdivide em duas: a liberdade de consciência, compreendendo a liberdade de opinião e de crença; e a liberdade de exteriorização do pensamento, abrangendo a liberdade de palavra e de culto.

As Constituições brasileiras, em regra, sempre asseguraram a liberdade de pensamento, contudo nem sempre foi possível o pleno exercício, como ocorreu

³⁵⁹ Dep. João Gilberto Lucas Coelho (PMDB/RS). Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 21/07/1987, pg. 39. (...) "A constituição brasileira diz que o cidadão que se negar a prestar o serviço militar perde a cidadania. Só pode alegar convicções religiosas. Então, parece-me que o voto é um dever intrínseco da cidadania. A cidadania não é um gesto de egoísmo é um gesto de interação numa comunidade".

³⁶⁰ Brigadeiro José Elislande Bayer de Barros. Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Audiência Pública. 24/07/1987, pg. 80. (...) Sobre o serviço militar, farei uma pergunta, que talvez seja até de legislação ordinária. Tenho sido procurado por esses grupos interessados (...) os minoristas do Rio Grande do Sul, brasileiros de origem alemã, que tem como base da sua religião a proibição de matar, sob qualquer circunstância, e se recusam a prestar o serviço militar. Temos visto de vez em quando na História do País, e recentemente, "n" decretos do Presidente da República cassando a cidadania desses brasileiros, que perdem os direitos políticos por uma questão de convicções religiosas, que não querem ou não podem prestar o serviço militar. Como temos os sabatistas, que me parece que o Exército, a Marinha e a Aeronáutica já têm uma forma de aliviar o trabalho nos sábados. É excessivamente drástico cassar-se a cidadania de uma pessoa pelo fato de suas convicções religiosas. Nós todos, como homens inteligentes, e nesta hora tentando melhorar o ordenamento jurídico, temos que ter essa abertura democrática para esse contingente de brasileiros - e devemos respeitar todas as tendências, a democracia é exatamente de senso, não de consenso".

³⁶¹ SILVA, José Afonso. *Direito constitucional positivo*. ob., cit., pg. 215. "O Plenário da Assembléia Constituinte, no primeiro turno de votação, não impusera outra penalidade pela escusa de consciência, e assim teria que ser coerentemente, porque, se se disse que só caberia penalidade se houvesse recusa à prestação alternativa, nos termos da lei, não haveria que prever pena específica. Curiosamente, contudo, na redação da relatoria oferecida à votação no segundo turno, apareceu um texto novo no inc. IV do art. 15 do Projeto de Constituição (B), em que previu a perda de direitos políticos no caso de recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII. Inovação ilegítima que, afinal, se legitimara pela ratificação que lhe deu a votação favorável no segundo turno".

nos períodos não-democráticos ou marcados pela intolerância religiosa, haja vista o caso da não-admissão de matrícula de estudantes que não professavam a fé católica, fato ainda ratificado por órgão do judiciário⁽³⁶²⁾.

O reconhecimento jurídico da objeção de consciência se dá pela via constitucional, regulamentado em parte por lei especial e, ainda, por decisão judicial. Assente como direito fundamental na constituição de 1988, o instituto jurídico da objeção de consciência se dá em duas perspectivas: uma, como escusa genérica de consciência (art. 5º, VIII, CF) e, outra, enquanto escusa restritiva ao serviço militar (art. 143, § 1º, CF). Pelo sistema constitucional, o preceito especial combina com o preceito genérico, no caso, a objeção de consciência ao serviço militar. A objeção genérica de consciência está anunciada pelo comando constitucional:

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

Esse preceito constitucional estabelece mais um postulado pluralista e democrático da nossa carta constitucional, em plena conformidade com a Declaração dos Direitos do Homem da ONU, de 1948⁽³⁶³⁾. Os deveres a que se refere esse preceito designam ressalvas de direitos, consoante se infere, porém,

³⁶² FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição Brasileira*. ob. cit., pg. 73. "No regime constitucional de 1946, por exemplo, nem sempre o dispositivo mereceu consagração, como se verifica no julgado de 06/10/1950 (Mandado de Segurança N° 748), do Tribunal Federal de Recursos, que reputou como correto o posicionamento da Escola Politécnica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro vedando a rematrícula de diversos alunos. O motivo: professarem determinada ideologia política e não terem fé católica. O fundamento jurídico do acórdão proferido pelo tribunal de então foi de tratar-se de estabelecimento privado de ensino, muito embora estivesse sob fiscalização federal".

³⁶³ Art. XVIII. "Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar sua religião ou de convicção, só ou em comum, quer em público, quer privadamente, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelo cumprimento de ritos".

que não é dado invocar tal crença e convicção para eximir-se de obrigação legal. No tocante ao dever de abstenção, o preceito "ninguém será privado de direitos" coloca um dever de proibição do Estado. Dos inúmeros deveres do Estado, quer em termos de garantia que ele é obrigado a prestar, a objeção de consciência, quer a não-prestação de determinado ato exigido pelo mesmo Estado.

A constituição reconhece a objeção de consciência, e a lei pode impor ao objetor prestação alternativa, que, por certo, há de ser compatível com suas convicções. Caso seja oferecida prestação alternativa e o objetor recusar novamente, ficará sujeito às penalidades estatuídas em lei. O objetor não pode subrepor-se ao princípio da isonomia apenas pela alegação de que é objetor, pois para eximir-se do cumprimento da obrigação jurídica ele deve revestir-se de consistente fundamentação jurídica, moral ou política, pois deverá arcar com os custos de sua responsabilização jurídica e estará sujeito à pena de suspensão dos direitos políticos, prevista no art. 15, IV, CF, *verbis*:

"É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII".

Como vimos no Capítulo III, o sistema jurídico admite várias modalidades de objeção de consciência, mas a Constituição deu tratamento especial à objeção militar, sendo mais um ajuste ao processo democrático no Brasil. A objeção de consciência militar está prevista no art. 143, § 1º, CF, *verbis*:

"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 imperativos 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".

Esse preceito constitucional desobriga os brasileiros ao serviço militar obrigatório por escusa de consciência, mas permanece obrigatório o alistamento militar dos jovens conscritos (natos e naturalizados). A regulamentação está expressa em dois atos normativos: na Lei nº 8.239/1991, que dispõe sobre a prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório, e na Portaria EMFA nº 2.681/1992.

O Estado-Maior das Forças Armadas (EMFA) coordena a prestação do Serviço Alternativo, estabelecendo instruções normativas de execução de serviços em todo o território nacional, bem como assinando convênios com ministérios civis e repartições públicas que tenham interesse recíproco. O serviço alternativo consiste no exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às de caráter essencialmente militar, compreendendo um período de dezoito meses.

A prestação alternativa deve ser requerida ao Presidente da Comissão de Avaliação dos Requerimentos da Região Militar (Exército, Marinha e Aeronáutica), na circunscrição a que pertencer o alistado, alegando por escrito as razões de imperativo de consciência (Vd. ANEXO VII). O serviço alternativo, independentemente do tipo do seu exercício, tem natureza jurídica militar e, por essa razão, subordina-se à legislação militar pertinente. Ao fim de dezoito meses, o prestante receberá o Certificado de Prestação Alternativa ao Serviço Militar Obrigatório. O conscrito selecionado e que tenha conhecimento de sua designação para matrícula no Serviço Alternativo e não se apresentar à unidade militar requerida dentro do prazo marcado será considerado insubmisso, crime militar tipificado no art. 183, do Código Penal Militar.

O serviço alternativo também pode ser recusado pelo optante convocado. O objetor, neste caso, que se recusa à prestação alternativa ou não a completa por motivo que deu causa terá como pena a suspensão dos direitos políticos (art. 15, IV, CF). A suspensão dos direitos políticos se dará por decisão de autoridade administrativa e, a qualquer tempo, o inadimplente poderá regularizar sua situação mediante cumprimento das obrigações devidas⁽³⁶⁴⁾. Essa sanção de natureza político-eleitoral importa a perda temporária da cidadania política, e caso for punido deixa de ser eleitor ou torna-se inalistável, ficando privado de todos os direitos fundados na qualidade de eleitor. Essa privação despoja a pessoa dos atributos de cidadão, atinge o *status activae civitatis*. O restabelecimento do serviço militar se dará após dois anos da suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que poderá, a qualquer tempo, regularizar sua situação mediante cumprimento das obrigações devidas (Lei nº 8.239/91, art. 4º, §§ 1º, 2º), quando receberá o Certificado de Recusa de Prestação do Serviço Alternativo. Apesar disso, a objeção de consciência não libera os cidadãos da obrigação mais séria da cidadania: a obrigação de lutar pelo próprio país em caso de guerra (art. 5º, XLVII, "a" c/c 143 § 1º, CF).

4.3.2 Greve política

O Estado democrático admite o exercício do direito de greve. O exercício do direito de greve também é a manifestação pública da liberdade de organização, reunião e de expressão, direitos esses fundamentais para compor o movimento grevista. A Constituição autoriza os trabalhadores a decretarem

³⁶⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5a. ed. São Paulo: Atlas, 1999, pg. 236.

greves trabalhistas, objetivando a melhoria das condições de trabalho, ou greves políticas, com o fim de conseguir mudanças junto à esfera do poder político. Na ótica da autodefesa, que é conferida pela ordem jurídica, os trabalhadores, mediante ação direta, respondem a favor de seus interesses, salariais ou não, e, pela greve, forçam a modificação do contrato de trabalho⁽³⁶⁵⁾.

A greve no Brasil⁽³⁶⁶⁾, tal como consta na Constituição, está assegurada como direito fundamental, *verbis*:

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.

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização (...);

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar".

A greve constitucional é um direito social e coletivo, cabendo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender, admitindo-se a greve política. A greve, como direito social do trabalhador, alia-se à liberdade de instituição sindical, que opera como instrumento de ação coletiva⁽³⁶⁷⁾.

O direito de greve é amplo; contudo, na sua regulamentação (Lei nº 7.783/89) ele sofreu algumas restrições, principalmente quanto à greve de

³⁶⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, pg. 293.

³⁶⁶ No Brasil, as Constituições de 1824 e 1891 nada preceituaram sobre a greve. O Código Penal de 1890, de certa forma, a proibiu, posto ter estabelecido punições a aliciadores. O Decreto 1162-1890, modificou-o, mas não de fundo, pois manteve punições a aliciadores violentos ou portadores de ameaças aos trabalhadores. A Constituição de 1934 silenciou. A Constituição de 1937, no seu art. 139 regrou no sentido de "que a greve e o lockout são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional". A Constituição de 1946 reconheceu o direito de greve (art. 158), deixando ao legislador ordinário a regulação do seu exercício. E a Constituição de 1967, no seu artigo 165, XXI, assegurou o direito de greve, permitindo-a, porém, nos serviços públicos e atividades essenciais (Lei 4.330/64 e Decreto Lei 1.632/78).

³⁶⁷ SILVA, José Afonso. *Direito constitucional positivo*. ob., cit., pg. 254.

natureza política. O fato de haver uma lei restritiva de greve significa que o legislador ordinário discrepa da "vontade constituinte originária" da ampla liberdade de seu exercício. A restrição de direitos concebida na lei de greve "demonstra a indisfarçável resistência ao novo ordenamento jurídico inaugurado com a Constituição de 1988"⁽³⁶⁸⁾.

Quanto a esse direito, recupera-se mediante a interpretação extensiva da "vontade inicial", caso contrário cabe o questionamento da constitucionalidade da lei, principalmente quanto à noção de greve abusiva, que nada mais é do que a antiga declaração de ilegalidade de greve. "É patrimônio da doutrina jurídica progressista do direito do trabalho que, sob o manto da regulamentação, na verdade apresentam-se as formas de eliminar ou de tolher o direito de greve, embora quase sempre inutilmente, posto que as circunstâncias históricas e sociais que determinam um movimento grevista nunca pedem licença à norma. Ou a greve se dá num espaço democrático ou ela abre um espaço democrático, independentemente das normatividades restritivas"⁽³⁶⁹⁾.

No movimento de "*impeachment*" contra o Presidente Fernando Collor, a CUT conclamou uma greve geral, de natureza política, contra a pessoa do governante, acusado de crime de responsabilidade de improbidade administrativa (art. 85, V, CF).

³⁶⁸ LEDUR, José Felipe. Abusividade de greve. Impossibilidade de sua declaração pelos tribunais. In: *Perspectiva do Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993, pg. 178.

³⁶⁹ GENRO, Tarso. *Introdução crítica do direito*. ob., cit., pg. 98-99. (...) Só uma democracia verdadeiramente conseqüente e verdadeiramente radical assumiria a historicidade concreta da greve com o Direito Público, (...) não há, não haverá e nunca poderá haver norma jurídica que submeta a greve ao seu comando, quando ela se apresenta como instrumento que permite fazer a História avançar, no mínimo para tirar do plano da ficção uma cidadania que só existe na imaginação dos juristas e nas leis sem eficácia".

4.3.3 Resistência lícita e ilícita

A licitude ou a ilicitude do direito de resistência depende de como essa se apresenta para o ordenamento jurídico infraconstitucional. A resistência também está conformada na lei civil e na lei penal, respectivamente, no Código Civil Brasileiro (Lei nº 3.071/16) e no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/40). A resistência se apresenta no ordenamento jurídico como lícita ou ilícita, dependendo de como se vê o fenômeno da resistência.

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

RESISTÊNCIA LÍCITA

A resistência lícita assenta-se na legítima defesa civil ou penal (art. 25, CPB e art. 160, CCB) e o estado de necessidade (art. 24, CPB; art. 160,II, CCB).

A licitude da resistência está assegurada dentro de certos limites e segundo certas regras que pressupõem uma agressão injusta, caracterizando uma reação dirigida contra o agressor. Assim, a resistência lícita tem o sentido de: a) ato ou efeito de resistir; b) qualidade de resistente; c) defesa em favor de direitos e contra-ataque; d) defesa contra constrangimento ou ordem ilegal ou injusta.

Na teoria do direito, em regra a garantia de um direito está confiada ao Estado. Todavia, por mais aperfeiçoado que seja o sistema político-jurídico de

proteção dos direitos do homem, ele não poderá evitar todas as ameaças e violações de direitos e, para isso, o próprio sistema delega ao indivíduo a faculdade de defender a sua pessoa e os seus bens jurídicos. Admite-se que cada pessoa tem direito de resistência individual para perpetrar a "justiça privada". A resistência operando como legítima defesa civil ou penal constitui-se em uma competência de substituição provisória, deixada aos membros da sociedade para se protegerem da tirania política.

O direito de resistência é visto como um recurso de legítima defesa, expressado contra a violação do direito subjetivo para a conservação de valores sociais. Desse modo, a teoria da legítima defesa cível assemelha-se, em parte, à de natureza penal, sendo que esta se destina à defesa da vida, enquanto a outra se volta para a defesa da posse e da propriedade.

O Estado reconhece que ninguém pode tirar a vida do outro, senão para assegurar sua legítima defesa pessoal, pois o indivíduo defende seu direito do mesmo modo que cada um é guardião de sua integridade. Para isso, o sistema jurídico estabelece três condições para que a resistência seja legítima: primeira, que haja necessidade inevitável de reagir, o que consiste em opor-se a injustas agressões; segunda, que a reação seja a menor possível; terceira, que cesse imediatamente após o desfecho da ação. Dessa forma, o Estado formalmente reconhece a resistência como um direito de legítima defesa, como direito natural, preexistente a toda e qualquer sociedade (direito à vida), e como direito decorrente de outros direitos positivos, o direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

Quando se trata de defesa de direitos, como o da vida e o da propriedade, deve-se perguntar: quais são as garantias jurídicas de que estão cercados os indivíduos para resistirem as violências? A morte resultante de legítima defesa não deixa de ser crime, mas não tem a imputação da pena, há uma exclusão da ilicitude. Na significação do direito penal, a legítima defesa (art. 25, CPB) resulta sempre da violência ou da ameaça da violência. Está claro que a resistência tem um papel a cumprir nesse particular, já que o Estado outorga ao ofendido a legítima defesa do seu direito. A intervenção do Estado vem quase sempre depois que a violação do direito ficou perpetrada, punindo o culpado na proporção do dano contido no crime.

A vida e a segurança física do indivíduo são valores supremos no sistema jurídico e jamais podem ser abandonados, e não poderá haver qualquer obrigação jurídica de se morrer. "Ninguém está obrigado, por qualquer contrato que seja, a não resistir a quem vier matá-lo, ou ferir ou de qualquer outro modo machucar seu corpo"⁽³⁷⁰⁾. A legítima defesa é mais um problema de necessidade do que de moralidade, pois a defesa do direito natural da vida está mais para a biologia do que para a axiologia. O agressor não é punido, é repelido. Essa resistência visa defender um direito ou, do mesmo modo, a ordem ilegal, ou, no sentido político, a ordem democrática. Recupera-se, nessa modalidade de resistência lícita, o jusnaturalismo hobbesiano que inclui o direito de resistir, diante do medo da morte, inclusive podendo, em último recurso, matar outra pessoa para salvar a si mesmo. É natural, em Hobbes, que as pessoas escolham

³⁷⁰ HOBBS, T. *Do Cidadão*. ob., cit., pg. 48.

o mal menor, ou seja, a morte possível, resistindo de preferência à morte violenta provocada por meios externos⁽³⁷¹⁾.

Além da legítima defesa, o sistema jurídico adota uma outra resistência lícita, o direito de necessidade ou estado de necessidade (art. 24, CPB; art. 160, II, CCB).

São seus requisitos: que o perigo seja iminente, e sua remoção pode ir ao ponto de deteriorar ou destruir a coisa alheia; ser o ato absolutamente exigido pelas circunstâncias; que não se exceda do indispensável para a remoção do perigo. É mais um conflito de direito em que prevalece o critério extraído da natureza, que o mais forte vence o mais fraco fisicamente (lei da selva). O sistema jurídico autoriza a violação do direito alheio para salvar a vida, a honra, a liberdade própria ou de outrem. Tal fato constitui o direito de necessidade. Visa-se, com isso, evitar mal maior ou a perda de um desses bens, inclusive com a destruição ou deterioração da coisa alheia.

Em matéria de posse, por exemplo, a lei civil autoriza a defesa no caso de ameaça de turbação (art. 502, CCB), que é a legítima defesa da posse. No esbulho possessório há o elemento objetivo da violência à pessoa ou grave ameaça, pois o possuidor é privado da posse por violência, clandestinidade ou abuso de confiança. Se há esbulho, o possuidor pode desforçar-se, *in continenti*, para desalojar da posse o esbulhador, restaurando o direito que a agressão injusta fez sucumbir. Ou, de outra forma, pode provocar o Estado para

³⁷¹ HOBBS, T. *Leviatã...*, ob., cit., pg. 135. "Isso quer dizer que permanece a obediência, exceto quanto se trata de sua própria morte, estando a salvo do vínculo do pacto original. De qualquer forma, o dever da obediência cessa no momento em que a ordem do soberano põe em perigo a vida do súdito, ou a obrigação dos súditos com o soberano dura enquanto dura o poder, já que esse é feito para proteger o súdito e o fim da obediência é a proteção".

restabelecer a situação jurídica anterior, mediante a ação de reintegração de posse. A ação deve ser imediata (ano e dia dos fatos), caso contrário pode ser interpretada como coisa abandonada que não cumpre função social⁽³⁷²⁾.

RESISTÊNCIA ILÍCITA

A teoria da resistência separa a resistência constitucional da resistência penal, isto é, a de natureza lícita e ilícita. 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 resistência em nenhuma hipótese pode ser interpretada como escudo de proteção de atividades ilícitas, nem como argumento para afastamento da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos.

Os crimes constitucionais foram criados na Constituição de 1988, *verbis* "art. 5º, XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos

³⁷² JULGADOS. *Revista de Jurisprudência Cível do Tribunal de Alçada Civil do Rio Grande do Sul*. Nº 50. Porto Alegre: 1984, pg.190 ss. Embargos infringentes nº 100287119. Reintegração de Posse. "Para procedência da ação possessória, é necessária a prova não apenas do domínio, mas também do exercício efetivo da posse sobre a totalidade do imóvel. Resolveram os Juízes (...) julgarem a ação improcedente, após longamente debatida a causa, sob todos os seus ângulos, inclusive o social, no caso até preponderante. (...) esta não é uma demanda comum, simplesmente envolvendo, de um lado, o proprietário ou possuidor do imóvel, cuja posse alega ter sido turbada, e, de outro, o solitário e clássico esbulhador. Aqui está presente, claramente, um outro importante ingrediente, a exercer forte influência no espírito do julgador: uma delicada questão social, que a inércia inicial dos autores ajudou a criar. Ao Juiz não é dado decidir apenas o sentimento, desde que sua função essencial é fazer cumprir as normas legais vigentes, que se presumem justas e adequadas à solução dos conflitos. Mas também não é ele um frio aplicador do texto, cabendo-lhe interpretá-lo, não raro, à luz da justiça social, de vez que muitas das normas escritas são vetustas, permanecendo estanques em Códigos empoeirados, distantes da realidade atual do país. E então ocorre o conflito do direito escrito com a justiça ideal, obrigando o julgador a fazer uma consciente opção. (...) Muitas vezes, nos pratos da balança da Justiça, é necessário que a frágil rosa pese mais que a poderosa doutrina. É o caso presente, em que mais de cem famílias de posseiros estão na iminência de ser despejadas, para serem lançadas não se sabe onde, quando os proprietários tiveram culpa, com sua inércia inicial, na formação dessa vila de marginados. Se o direito socorre esses proprietários, terão que utilizar-se do remédio jurídico próprio, pois aqui não demonstraram um dos elementos básicos da ação possessória: o exercício da anterior posse efetiva sobre o imóvel".

armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático". Dessa forma, o direito de resistência, dentro dos marcos constitucionais, estabelece os limites da ação política, que deve estar em conformidade com os princípios democráticos, constituindo crime apenas a ação armada contra a ordem constitucional. A Constituição estabelece as restrições para configurar o crime constitucional: a) sujeito ativo: ação armada de grupos civis ou militares; b) objeto: contra a ordem constitucional e o Estado democrático; c) sujeito passivo: o Estado democrático.

Esse preceito (art. 5º, XLIV, CF) ainda não foi regulamentado⁽³⁷³⁾, mas a Constituição já estabelece os elementos normativos de valoração jurídica penal, como: a) vedação de ação armada contra a ordem constitucional e o Estado democrático; b) vedação de reunião com armas (art. 5º, XVI, CF); c) vedação de associação de caráter paramilitar (art. 5º, XVII, CF); d) vedação de utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar (art. 17, §, 4º, CF). Então, pela exegese desse preceito configura-se, de forma negativa, que não há crime constitucional, quando: a) a ação armada for individual; b) o Estado não for democrático. Desconsiderar esse preceito do Estado de Direito, seja qual for a resistência, alcança a condição de crime constitucional político, de competência da Justiça Federal (art. 109, IV, CF).

De toda sorte, a resistência pode ser lícita ainda quando use expedientes gravosos de violência se ocorrerem graves descumprimentos das obrigações do

³⁷³ Na ausência de norma regulamentadora está sendo aplicado a Lei 7.170/83, que define os crimes contra a segurança nacional. Nos parece uma aplicação indevida porque a constituição de 1988, não recepiona leis que tenham propósitos de defesa do regime político anterior, conhecido como "entulho autoritário".

soberano (argumento hobbesiano), como a ação dos sem-terra para forçar a reforma agrária ou, ainda, quando o governante se torna autoritário ou despótico, agredindo a liberdade (argumento lockiano). Nessas hipóteses, a resistência não se coloca contra o Estado democrático de direito, mas exatamente na perspectiva do seu fortalecimento.

O crime de resistência e o crime de desobediência se referem à administração pública e guardam muita semelhança material, pois visam estabelecer sanções para os que se opõe às ordens que frustrem a tutela jurisdicional do Estado. A diferença entre eles é muito tênue, uma vez que ambos possuem características assemelhadas. O crime de resistência é cometido por meio de ato de violência e de ameaça, enquanto na desobediência ele se reveste de uma resistência passiva, apenas deixa-se de fazer, sem qualquer violência ou ameaça⁽³⁷⁴⁾.

A lei penal também qualifica como crimes contra a administração da justiça a coação no curso do processo (art. 344, CPB) e a ação despropositada do agente em não permitir a livre execução da soberania estatal. A resistência é ilícita por se tratar de uma oposição injustificada à ordem judicial ou legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-la. A ilicitude está na afronta à administração pública, sendo que a conduta típica consiste em opor-se o sujeito à execução, por agente competente, de ato legal ou funcional. Não se pode falar em resistência ilícita quando a conduta do agente for

³⁷⁴ “Sem que haja violência ou grave ameaça à pessoa incumbida do cumprimento da ordem legal, não há falar em resistência, mas em mera desobediência” (TACRIM-SP – AC – Rei. Gonçalves Santana – RT. 382/87).

ilegal. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e o sujeito passivo é o Estado, por meio do seu agente competente juridicamente.

A ordem judicial diz respeito ao ato do Estado que se enquadra na sua regular atividade de prestação jurisdicional⁽³⁷⁵⁾. As normas de natureza processual atuam na necessária observância das decisões judiciais. Contudo, apresenta-se a hipótese do descumprimento de ordem judicial, que enquadra na categoria "resistência ilícita" as seguintes condutas: a) opor resistência injustificada ao andamento do processo (art. 17, IV, CPC) é o caso do litigante de má-fé; b) resistir, o executado, injustificadamente, às ordens judiciais (art. 600, III, CPC) é o caso do atentado à dignidade da justiça; c) atrasar o cumprimento da obrigação de fazer (art. 644, CPC). Mas em relação à ordem judicial também podem-se praticar atos políticos, além dos recursos judiciais cabíveis. A desobediência à ordem legal tem por objeto a frustração da administração da justiça. O comportamento está tipificado em "desobedecer", isto é, no ato de não cumprir uma ordem, mesmo tendo o dever jurídico de obedecer, seja sob forma verbal, seja sob forma escrita.

A resistência é um crime formal, o que implica a não-necessidade de que o agente consiga alcançar o resultado pretendido. Nesse tipo penal aparecem duas categorias de resistência: ativa e passiva, mas o elemento do tipo requer que a

³⁷⁵ As ordens judiciais devem ser executadas por meios simples ou por meio da força pública, , como: a) exibição voluntária de documento ou coisa pelo terceiro, ou expedição de mandado de apreensão e requisição, se necessário, da força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência (art. 362, CPC); b) possibilidade de condução coercitiva da testemunha que deixou de comparecer sem motivo justo (art. 412, CPC); c) busca e apreensão de pessoas e coisas com possibilidades de arrombamento das portas externas e internas de qualquer casa ou lugar e quaisquer móveis que presumam que esteja oculta a pessoa ou a coisa procurada (art. 842, § 1º, CPC); d) e, por fim, o enquadramento no crime de desobediência (art. 340, CPB) à ordem judicial de funcionário público.

resistência seja ativa. Não é crime de resistência a oposição pacífica, seja sem ataque físico, seja ante ameaça de ataque.

A desobediência é um delito de mera conduta que se apresenta de forma comissiva ou omissiva, dependendo do conteúdo da ordem, isto é, se a ordem exige que se faça algo a desobediência se dará com o não-cumprimento desta; de outro lado, se a ordem proíbe alguma prática, o crime se caracteriza com a prática do ato. Assim, o agente deve ter a vontade livre e consciente de desobedecer à ordem do funcionário público, desde que saiba da obrigatoriedade de seu cumprimento⁽³⁷⁶⁾.

4.4 Modo de exercício do direito de resistência

A estratégia de ação da resistência está inserida na Constituição, como veremos nesta seção. A resistência não é só uma categoria jurídica que engloba os atos de transgressão jurídica, mas pode-se apresentar como instrumento de defesa da ordem democrática e constitucional. As manifestações possíveis de exercício da resistência são sempre políticas ou jurídicas. A articulação de ações políticas com ações jurídicas teve maior ênfase a partir da Constituição de 1988. A legitimação do Estado passa pela complementação do sistema de defesa dos direitos e pela crescente necessidade de participação dos cidadãos no campo político e jurídico, principalmente no acesso a direitos. Canotilho observa: o "fato

³⁷⁶ "Desobedecendo à ordem legal da autoridade e pondo-se em fuga para evitar ser surpreendido na prática de infração penal, não comete o acusado o delito do art. 330 do Código Penal, por estar agindo num impulso instintivo de conservar a liberdade" (TJSP – AC – Rei. Cunha Camargo – RT 551/331).

de a lei constitucional fornecer linhas e programas de ação à política não pode nem deve substituir a luta política⁽³⁷⁷⁾.

A realidade constitucional evidencia a necessidade de "fortalecimento do controle jurisprudencial, adequação do controle político-parlamentar, criação de novos instrumentos de controle popular, maior participação do povo no processo político"⁽³⁷⁸⁾. Não obstante a sua pouca efetividade, um dos propósitos dessa pesquisa é exatamente o fortalecimento da presença constitucional na vida do país.

Como vimos, a resistência torna-se o "direito do direito", o que implica ser um direito instrumental (direito de ação não-autônomo), não-satisfatório e sem fruição, não representando descrédito algum para a teoria da resistência, sem prejuízo da sua coerência teórica. Os argumentos jurídicos e políticos devem ser bem articulados. Não cabe uma retórica mundana, porque estamos a tratar de algo absolutamente complexo e difícil, em que o direito não é líquido. Agrava-se a situação em duas perspectivas: se, já de um lado, os juristas não são assentes quanto à existência do direito de resistência, de outro divergem muito mais quanto à sua garantia jurídica. Da mesma forma, o Estado argumenta que não pode travar uma luta contra si mesmo, pois possui outros procedimentos próprios para elidir o problema da resistência; de outro lado, a sociedade exige o direito, mas não dispõe de recursos formais para efetivar a demanda.

A redução do fenômeno da resistência a formas jurídicas, quando possível, com pedidos formais postulatórios, não é contraditória, mas completa a vida

³⁷⁷ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. ob., cit., pg. 71.

³⁷⁸ FERAZ, Anna. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pg. 251.

política dentro do Estado democrático. Embora a estruturação jurídica dos direitos seja uma garantia dada pelo Estado, elaboram-se duas questões: a) como se garantem juridicamente as espécies constitucionais de resistência? Essas espécies comportam a técnica jurídica descrita em normas em sentido formal e material, que integram a ordem constitucional e se conformam nas formas jurídicas positivas; b) até que ponto a resistência compromete a governabilidade do Estado, já que este, muitas vezes, não está preparado para reconhecer ou administrar os direitos fundamentais? Não há o menor comprometimento da governabilidade, exceto se o governante transmutar-se em tirano e sufocar a ordem democrática e constitucional. Nesse caso, criam-se as condições objetivas da resistência e, por decorrência, a governabilidade fica comprometida, pois a justificativa política e jurídica está assentada em clara demonstração fática de rompimento da ordem constitucional, na quebra do contrato social e na legítima defesa individual e social e no abandono da justiça social.

Além dos problemas teóricos há problemas práticos do direito de resistência com o sistema jurídico, principalmente quanto à existência, aos limites, à validade, à eficácia, à efetividade e à legitimidade social. A existência de novas "formas jurídicas" não é excluída quando o direito de resistência opera pela própria negação dessas formas. As instituições jurídicas, por mais perfeitas que sejam, só poderão garantir a observância das formas jurídicas, mas não evitar a sua possível violação.

4.4.1 Instrumentos processuais constitucionais

Os instrumentos processuais que nos oferece o sistema constitucional satisfazem as necessidades formais de defesa do direito de resistência, salientando-se que há outros meios não-processuais resultantes de outras fontes do Direito, como o costume. No campo processual deve-se propugnar por ampliações ou sugerir novos métodos mais completos das vias ativas do procedimento judicial. No entanto, é na variedade das ações que se assenta a efetividade de qualquer contencioso administrativo e judicial.

Entretanto, não podemos cometer a ingenuidade de pensar que a simples posse desses instrumentos jurídicos assegura a plena efetivação dos direitos demandados. As categorias jurídicas tomam forma e conteúdo, de modo que muitas vezes, por excesso de zelo, a forma vale mais que o conteúdo, fazendo com que as normas processuais façam sucumbir o Direito material.

A problemática dos direitos de tutela jurisdicional e de acesso à justiça se apresenta em dimensões de constante complexidade. Dos diversos procedimentos constitucionais políticos e jurídicos, nos chama 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. As estruturas teóricas desses institutos, que se apresentam contraditórias em algumas oportunidades, são, em termos gerais, altamente benéficas ao aperfeiçoamento do Estado de Direito. As garantias formais dos direitos (direito de ação e prestação judicial) são instrumentos fundamentais para a efetivação dos direitos e nos termos constitucionais, imediatamente aplicáveis (art. 5º, § 1º, CF).

Assim, basta requerer a devida proteção judiciária. A resistência de menor intensidade política, como a objeção de consciência, é formalizada em petições que acrescem a possibilidade da solução da demanda; b) como se garante juridicamente a resistência implícita? A resistência, pela sua natureza atípica, sempre que possível pode e deve requerer a proteção judiciária, sem prejuízo de outras construções jurídicas que informam a justificação menos jurídica e mais política. Obviamente, existem modalidades de resistência que não cabem nas formas jurídicas e na respectiva formalização. As modalidades de resistência que possuem alta intensidade política, como o direito de revolução, obviamente passam longe das formas jurídicas, visto que pretendem negar ou quebrar a ordem jurídica.

Essas garantias constitucionais decorrem dos princípios da proteção judiciária que visam sanar e corrigir inconstitucionalidades ou ilegalidades e abusos de poder. Desses instrumento processuais constitucionais, uns são mais próprios do que outros para formalizar a resistência, que corresponde ao direito de petição, ao *habeas corpus*, ao mandado de segurança e à ação de inconstitucionalidade da lei injusta. O remédio mais demandado é o direito de petição ou representação ao poder público para a defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abusos de poder (art. 5º, XXXIV, CF). Esse direito reside na capacidade de o cidadão invocar o poder público sobre uma questão ou situação, como a petição à autoridade competente para instaurar inquérito administrativo contra funcionário que cometeu irregularidade ou abuso de autoridade.

Essa petição inicial não prejudica o imprescindível *habeas corpus*, caso alguém sofra ou se ache ameaçado de violência ou coação em sua liberdade de

locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII, CF). Junto a esses direitos está o mandado de segurança⁽³⁷⁹⁾ para proteger direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX, CF; Lei nº 1.533/51). Tais ações que instrumentalizam o direito de resistência necessitam de fundamentação jurídica para que se criem, modifiquem ou extingam os atos jurídicos ou políticos, medidas governamentais e atitudes de determinados indivíduos em conformidade com o Estado de Direito.

A Constituição, por meio das garantias processuais, quer inibir a ilegalidade ou o abuso de poder. Para isso, coloca à disposição da cidadania vários mecanismos de defesa. No caso das modalidades de resistência (greve política, objeção de consciência, desobediência civil), recomenda-se a formalização do protesto em petição ao poder público para a devida análise. O pedido de interrupção da via pública para a realização de uma assembléia ou uma passeata, sempre que possível, deve combinar interesse dos "resistentes" com o direito de terceiros, que, em tese, nada têm a ver com os propósitos do movimento demandado. Segue-se, assim, a distribuição da petição administrativa para, num segundo momento, buscar a via judiciária (art. 282, CPC). No caso de indeferimento do pedido de objeção de consciência ou de retardamento por mais de trinta dias, cabe o mandado de segurança individual. Digamos que se apresente o seguinte cenário administrativo: a) há o aceite ou deferimento; b) há o

³⁷⁹ A constituição criou além do mandado de segurança individual o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), podendo ter o mesmo objeto, qual seja, a defesa de direitos líquidos e certos face a ilegalidades ou abuso de poder cometidas por autoridade pública ou por delegação de competências de função pública. A entidade de classe na qualidade de defensora dos seus interesses coletivos opera com um "substituto processual", o que implica em uma grande simplificação processual.

retardamento por mais de trinta dias; c) é indeferido o pedido. Nos dois últimos casos, cabe o mandado de segurança individual contra abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65), pelo retardamento do prazo, para constranger a autoridade a responder em trinta dias, e o outro caso, por estar em desacordo com a Constituição, que protege expressamente tal direito, requer-se também o controle concreto de inconstitucionalidade. Isso tudo sem prejuízo da ação de responsabilidade civil contra o Estado, por dano moral ou prejuízo material em face do reconhecimento tardio da objeção de consciência.

A ação popular, como instrumento político-jurídico republicano de democracia participativa na fiscalização das ações governamentais, é própria para a defesa dos valores constitucionais da probidade e da moralidade administrativa. A ação popular se aplica como instrumento jurídico do direito de resistência nos descumprimentos das obrigações do governante que, por ação ou omissão, lesa o erário público.

PROCEDIMENTOS PARA REQUERER O DIREITO DE RESISTÊNCIA

Estabelecemos alguns procedimentos ordinários para requerer o direito de resistência. É fundamental que o jurista, além de conhecer a teoria, indique as formas de acesso, para que se efetive tal direito. Para isso, desdobramos esses procedimentos postulatórios na forma da resistência institucional e a resistência na forma não-institucional, à luz dos modelos jurídicos jusnaturalista e positivista.

1º) **modalidade de resistência institucional** (greve política, objeção de consciência, desobediência civil):

a) petição de objeção de consciência ao órgão público competente (Vd. ANEXO VII).

b) petição ao órgão público competente, demonstrando o direito. Dar ênfase aos acordos (negociação, mediação e conciliação). Na tentativa do acordo, deve haver o reconhecimento da legitimidade das partes para proteger e defender seus próprios direitos;

b) petição ao órgão público, combinando com atos políticos de repercussão pública. As manifestações públicas de apelo social, articuladas com audiência pública de autoridades, são fortes mecanismo de pressão política;

c) a greve política e a desobediência civil em áreas sensíveis da estrutura do Estado, com pedido de providência, também são poderosos mecanismos de pressão política.

d) demandar todas as ações e recursos jurídicos admitidos pelo direito⁽³⁸⁰⁾;

2º) modalidade de resistência não-institucional (revolução política):

Não há procedimentos político-jurídicos específicos para alcançar a sua estratégia porque, em regra, o processo revolucionário usa de expedientes gravosos contra o Estado e suas formas jurídicas. Essa modalidade usa de expedientes da resistência institucional. Os movimentos políticos organizados que lutam pela autodeterminação dos povos ou pela revolução política usam,

³⁸⁰ Em casos recentes, foram usados o mandado de segurança coletivo como expediente do direito de resistência, como esses: a) latifundiários de Bagé, no Rio Grande do Sul, entraram na justiça contra o INCRA como pedido de resistência a vistoria e medição das fazendas sob a alegação que esse tornariam-se objeto de desapropriação para reforma agrária. Essa resistência de natureza negativa visa obstruir a ação do Estado em realizar a sua precípua função de controlar a finalidade solo rural, quanto ao uso racional e social, inclusive, para fins fiscais; b) usuário de transporte de cargas do Rio de Janeiro entram na justiça com pedido de resistência contra a cobrança do pedágio das rodovias, sob a alegação que as mesmas não ofereciam a segurança e o conforto contrato no processos de terceirização. O protesto, de fechamento das pistas e liberação da cobrança, resultou em êxito econômico, sendo após ratificado pelo judiciário.

geralmente, a greve política, a desobediência civil, o terrorismo, o golpe de Estado, a sabotagem e a desordem de todo tipo.

4.4.2 Ação de inconstitucionalidade da lei injusta

A ordem constitucional de 1988 propugna por uma ordem justa. Essa interpretação exige novas técnicas de jurisdição constitucional, como o controle de constitucionalidade das leis injustas. A resistência à lei injusta vale-se do princípio da proporcionalidade no momento em que o ato impugnado está em desacordo com os princípios da dignidade humana e os princípios constitucionais.

Com efeito, a afirmação de que os princípios constitucionais são dotados de normatividade jurídica superior e expressam uma reserva de justiça social permite uma espécie de compromisso com os valores constitucionais. Ademais, se o fundamento da ordem jurídica justa é principiológico, tem-se a própria idéia de justiça. Com isso, rompe-se com a interpretação positivista do direito, pois o problema da realização da ordem jurídica deixa de tomar um exclusivo comprometimento com as questões de validade e vigência e passa a assumir, mediante a ponderação, a dimensão da relação de justo/injusto do caso concreto⁽³⁸¹⁾.

A lei, como categoria de exteriorização do Estado, está submetida ao poder político, da mesma forma que manter a ordem pública não significa garantir a ordem justa. Para manter a ordem, o Estado busca, por meio de leis, regular a ordem social, mas nessa regulação nem sempre se alcança a ordem justa.

³⁸¹ Ronald Dworkin. *Los derechos en serio*. ob., cit., pg.135.

Dessa forma, o ordenamento constitucional repugna a lei e o ato administrativo injusto, pois o direito constitucional não pode desconhecer os atos qualificados como atos injustos. "Qualquer lei injusta, ofensiva dos *standards* definidos pelo constituinte, será lei inconstitucional"⁽³⁸²⁾.

A identificação do injusto nos remete para o valor da justiça como forma ideal de convivência humana. Se não é fácil para a média dos indivíduos reconhecer quando um ato oficial (leis ou atos administrativo) é inconstitucional ou ilegal, salta aos olhos quando o ato é injusto na substância. O mesmo ato tem rápida visibilidade e rápida compreensão quanto a sua reprovação. A consequência das diferentes visões é que enquanto uma busca uma solução racional de procedimento jurídico, a outra é uma manifestação instantânea e emotiva, de natureza política.

A lei injusta é uma forma degradante da condição humana que deve ser abolida mediante procedimentos formais (mudando, revogando a lei, requerendo o controle de constitucionalidade, requerendo a objeção de consciência) ou informais (desobediência civil, manifestações públicas). Em princípio, o direito de resistência há de transitar por meios formais para, *a posteriori*, buscar as fontes informais que importam em maior adesão social.

A injustiça, enquanto fenômeno social, não está fora do mundo jurídico, e dessa forma o justo e o injusto são fatos jurídicos por excelência. Com o procedimento jurídico da declaração de inconstitucionalidade da lei injusta gera a discussão sobre o direito justo, evitam-se maiores dilemas sobre outras

³⁸² CLÈVE, Clemerson M. *Temas de direito constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, pg. 46.

possibilidades concretas do exercício do direito de resistência. A justificativa dessa resistência advém da idéia de justiça. A justiça é a virtude primeira de qualquer instituição social, fonte da legitimidade, pois "leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas"⁽³⁸³⁾.

O conceito de lei justa não é assente na teoria do direito, mas a noção de lei injusta é de todo evidente, pois é aferida pelos critérios jurídicos e pelos parâmetros da consciência humana. Não é corrente a discussão do "injusto" na teoria do Direito, contudo não devemos temer o uso do adjetivo injusto para qualificar a lei ou o governante. A presença do injusto denuncia a agressão à dignidade humana e coloca algumas alternativas político-jurídicas para fazer frente à agressão, no caso a resistência à lei injusta por meio do controle de constitucionalidade. Será, também, preciso compreender o controle de constitucionalidade como mecanismo radicalmente comprometido com a realização dos valores constitucionais, permitindo pensar, com a noção de sistema, na potencial inconstitucionalidade da lei injusta⁽³⁸⁴⁾.

Ao se aludir sobre a "lei injusta", faz-se referência a uma norma jurídica, tutelada pelo Estado, que se confronta com outros critérios das mais diferentes ordens, como os princípios gerais do Direito e a idéia de justiça. Não se deve, todavia, confundir ato injusto com ato ilegal, visto que aquele pode estar de acordo com a lei e este estará sempre sem amparo dela ou contra ela. Contra o

³⁸³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. ob., cit., pg. 3.

³⁸⁴ FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes-EDIPUCRS, 1989, pg 68.

ato injusto sempre cabe o direito de resistência, mas o mesmo não se aplica para o ato ilegal.

O justo é mais um critério de valor, fundamental para distinguir uma estratégia de resistência de uma ação criminosa. Atribui-se à lei injusta a violação dos princípios jurídicos fundamentais e o rebaixamento da condição humana ou da dignidade moral. A lei justa obriga por si a consciência individual, enquanto as leis injustas violentam a consciência; alguns exemplos: o regime jurídico da escravatura brasileira, abolida em 1888, ou o caso do servidor público que não cumpre uma ordem manifestamente ilegal ou flagrantemente injusta. Quanto à administração pública, esta revê seus próprios atos pelo recurso hierárquico a qualquer tempo. Segundo Seabra Fagundes, restringir as vias para repugnar o ato ilegal ou injusto ou desamparar o servidor dos elementos substanciais da retidão de comportamento será pugnar pela perpetuidade da injustiça, pela negação definitiva do direito, que é origem e razão de ser do Estado⁽³⁸⁵⁾.

Em tais hipóteses, cabe a resistência à parte "injusta", no sentido que implica volver a novo sentido hermenêutico de Constituição justa. Mas, de outra forma, se a Constituição é injusta, não coincidindo com ela a vontade da sociedade, cabe a resistência de forma positiva para garantir o direito justo, porque para obter o dever ser jurídico há a necessidade da transformação da Constituição real, não se admitindo a violação formal e material da Carta Magna.

A abertura do sistema e a distinção funcional entre regras e princípios exigirão que se compreenda a Constituição enquanto reserva de justiça, de modo

³⁸⁵ FAGUNDES, Seabra. *Da proteção do indivíduo contra o ato administrativo ilegal ou injusto*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional (DASP), 1946, pg. 09.

a aceitar-se a possibilidade da potencial inconstitucionalidade das leis injustas⁽³⁸⁶⁾. Caso, no ato impugnado, seja constatada a devida procedência (lei injusta), o juiz declara a inconstitucionalidade da lei, que acaba por atingir outros direitos constitucionalmente protegidos.

No plano da ordem jurídica de 1988, defende-se que o Estado Democrático de Direito é um Estado "do Direito", que inscreve na ordem constitucional uma série de valores qualificados como "justos". Como diz o Prof. Baracho, a finalidade da Constituição pluralista é preservar inata a possibilidade da competição política e social, sendo que sua interpretação visa à organização de uma sociedade aberta ao conflito. O caráter aberto da Constituição qualifica, de modo preciso, a função do órgão de justiça constitucional⁽³⁸⁷⁾. Dessa forma, a ordem constitucional deve primar pelo princípio da justiça, não permitindo atos desarrazoados ou arbitrários, que ofendam a estrutura do Estado de Direito. "Só um autêntico pluralismo jurídico permitirá compor uma ordem do Direito mais legítima, por estar de acordo com as representações jurídicas do povo. A expansão pluralista implica cada vez mais democracia participativa⁽³⁸⁸⁾.

Dos vários processos de controle de constitucionalidade, evolui-se para o "controle por princípio". A "sede material" está nos princípios constitucionais e nos princípios gerais do direito e nos direitos fundamentais que, em sentido lato, ligam-se ao critério da proporcionalidade, que cuida da ponderação entre direitos.

³⁸⁶ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995, pg. 21-22.

³⁸⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995, pg. 50.

³⁸⁸ DOBROWOLSKI, Silvio. O pluralismo jurídico na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n.º. 115, jul-set 1992, pg. 230.

Os princípios admitem aplicação conforme possibilidades fático-jurídicas, enquanto o critério da proporcionalidade se aplica por inteiro.

A jurisdição constitucional visa à depuração do ordenamento das leis contrárias à constituição. O controle da constitucionalidade das leis protege diretamente a divisão constitucional dos poderes, fonte e garantia dos direitos. O juiz torna-se um “legislador negativo”. O controle de constitucionalidade liga-se à jurisdição constitucional, que está afeta a modelos teóricos de solução de problemas jurídicos da legalidade e da inconstitucionalidade. Propõem-se duas perspectivas: uma centrada na lei, esse modelo que se propõe a assegurar a constitucionalidade da lei, e outra nos direitos, que procura garantir a vigência dos direitos consagrados na Constituição.

A jurisdição constitucional, quanto ao controle de constitucionalidade por princípios, tem a preocupação de efetivar os direitos constitucionais, independentemente, da lei. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal, como “guardião da Constituição” (art. 102, CF), como qualquer outro juiz ou tribunal, vai dizer o Direito (*jus dicere*) frente às demandas de controle de constitucionalidade.

Estamos a falar da justiça constitucional, que, dentro da amplitude que lhe é inerente, revela suas funções – as quais foram percebidas por Hans Kelsen e podem ser resumidas em: a) proteger os direitos fundamentais contra as insurgências dos poderes públicos; b) controlar as atividades ilícitas dos titulares dos órgãos constitucionais; c) verificar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos; d) servir de recurso aos particulares para se defenderem de lesões a

direitos constitucionalmente assegurados⁽³⁸⁹⁾. Fica claro que a justiça constitucional visa à distribuição dos bens tutelados juridicamente pela Constituição, com apoio da jurisprudência e dos princípios e regras constitucionais, atualizando-se sempre que preciso for, como assevera o Prof. Baracho⁽³⁹⁰⁾.

O juiz que, em nome do princípio da justiça, aplica o princípio condizente à matéria requerida e declara a inconstitucionalidade do ato impugnado (lei ou ato administrativo), concebendo a resistência como a expressão da luta pela justiça e não como a expressão de valores incompatíveis, terá uma solução possível no campo constitucional – numa combinação possível de princípios políticos e jurídicos.

O Direito, dessa forma, assume um compromisso com a equidade e os fins sociais colimados pelo sistema jurídico, alcançando o bem maior e a razão da sua existência: a distribuição da justiça. Tudo isso está de acordo com a justiça social, que foi elevada a princípio estruturante do Estado de Direito (art. 3º, CF), da sociedade e da atividade econômica (art. 170, CF). Então, a questão da injustiça torna-se um problema jurídico na medida em que vai exigir a compatibilização dos fins constitucionais que informam a legalidade e as decisões judiciais.

³⁸⁹ KELSEN, Hans. La garantie jurisdictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle). *Revue Public et de Science Politique en France et a L'Étranger*. Paris: 1928, pg. 227

³⁹⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, pg. 81.

5. CONCLUSÃO

Ao final desta tese, importa fazermos uma conclusão a que chegamos:

1. Como vimos, o direito de resistência é, por si só, um tema controverso, de múltiplos entendimentos e digno de acalorados debates. Ao mesmo tempo, é um direito de difícil trato, e não resta dúvida de que é um instrumento alternativo de exercício da cidadania, pelo diálogo que proporciona com os vários setores da sociedade e desses com o Estado.
2. Queremos que esse debate seja retomado no Brasil. Essa lacuna teórica foi muito sentida na última Assembléia Nacional Constituinte. A não-exploração do tema no Brasil está associada, em parte, a uma cultura jurídica "acrítica", e temos como consequência a inibição do desenvolvimento temático de institutos jurídicos que fogem à dogmática positivista. Não se pode desconhecer as "reservas" dos políticos e juristas sobre a admissão do direito de resistência no campo do direito positivo. De toda sorte, o jurista que tem certas dificuldades no seu trato não pode desprezar a resistência que existe no seio social. Da mesma forma, deve-se levar em conta a conquista da teoria do Direito Público, que faz a articulação do político no interior do jurídico e, para tanto, disponibiliza também para o direito de resistência a estrutura da Teoria do Direito para sua análise, tendo em comum os princípios gerais de Direito, o princípio da

justiça social, o princípio da dignidade humana, o reconhecimento dos sujeitos de direito, a quebra do contrato social, a garantia dos direitos fundamentais e a cláusula pétrea do direito individual.

3. A principal questão demandada dos direitos fundamentais é sua plena efetividade, que requer consciência de direitos por parte da cidadania, instituições político-jurídicas e reconhecimento estatal. Caso contrário, são imprestáveis os direitos e garantias quando os povos não sabem impor aos governantes o respeito pelos próprios direitos.

4. O denominador comum do direito de resistência está assentado na estrutura da sociedade, cujo exercício repercute na ordem jurídica do Estado. A resistência "legítima" reforça a sociedade e o Estado, enquanto a resistência "ilegítima", ao contrário, tende a destruir o Estado, como é o caso dos crimes contra a ordem constitucional e a ordem democrática. A resistência aos governos e regimes injustos, às leis e aos atos administrativos transcende o direito para tornar-se dever, decorrente, em regra, do regime político de natureza tirânica. Dessa forma, a resistência pode ser um mecanismo de integração da unidade do poder, mas forma essa unidade pela exceção, pois somente esse direito entra em ação, em regra, quando falham os procedimentos de freios e contrapesos do poder. Assim entendido, o fenômeno da resistência torna-se compatível com a unidade constitucional.

5. A doutrina jurídica do Direito construiu, ao longo da história, conceitos que não podem ser ignorados pelos juristas. Existem conceitos de Direito que podem ser criados e alterados pelo legislador, mas existem conceitos consolidados da teoria do Direito, e estes não podem ser atingidos em seus

efeitos essenciais. Pode-se mudar o conceito de resistência, mudar seu objeto de ação, mas não se pode mudar seus propósitos fundamentais em negar o injusto e afirmar o justo. É preciso identificar o exercício da resistência com a existência do "injusto", e como o problema do justo – quanto ao título ou quanto ao exercício do governo – pertence ao Direito Constitucional, então conclui-se que o problema do direito de resistência é constitucional.

6. Num primeiro momento, o conceito de direito de resistência reflete uma certa imprecisão de significados, mas com a construção do conceito operacional facilita-se sua funcionalidade semântica. Ora, o conceito operacional de direito de resistência quer individualizar suas formas nas categorias da Teoria do Direito e delimitar seu estatuto jurídico. Também abrange uma gama de modalidades com denominações díspares, conforme seu período histórico.

7. O direito de resistência é um direito secundário, um direito para ter direitos, haja vista que somente é aplicado em caso de descumprimento de algum direito – princípio primário –, e fundamenta-se com mais um contrapoder ao Estado, que busca a justiça social, a dignidade da pessoa humana, a honradez do governante e o respeito ao pluralismo democrático. Sendo assim, podemos concluir que a recusa à obrigação jurídica é um direito, independentemente do sistema jurídico, por razões fundadas por motivos políticos, éticos e jurídicos. Aliás, o valor da admissibilidade da resistência não está somente na consciência individual, mas no julgamento que se faz com relação aos governantes e ao regime político.

8. Quanto ao resultado do exercício do direito de resistência, este alcança três perspectivas (afirmativa, limitativa e negativa) por força da combinação de suas modalidades e respectivas variáveis:

a) resistência afirmativa – resulta da díade contestação/mudança, que consiste no exercício que contrasta com o *status quo* com o desejo transformações de perspectivas políticas, ou afirmação e ampliação de direitos. Demanda questões localizadas em dois registros principais: a) a resistência não é exercida apenas para a tomada do poder de Estado, mas em razão do direito de participar das decisões políticas, rompendo a verticalidade hierárquica do poder de Estado; b) a resistência não se concentra apenas na defesa de certos direitos, mas na luta para ampliar o próprio direito de cidadania;

b) resistência limitativa – resulta do exercício que visa à conservação política e social, mediante expediente de controle do Estado, com vistas a evitar irregularidades políticas e administrativas ou o desrespeito da liberdade dos indivíduos. Nesse caso, a resistência resulta do contraste entre a manutenção do *status quo* com aqueles que concordam com a mudança ilegítima do sistema político-jurídico. Se, de um lado, a resistência limitativa censura as violações da ordem democrática e da ordem constitucional, de outro fortalece a objeção de consciência como limite de ação do indivíduo contra o Estado;

c) resistência negativa – resulta da negação da ordem constitucional e da ordem democrática, isto é, do contraste da manutenção da ordem jurídica com aqueles que lutam contra essa ordem, com vista a evitar transformações sociais legítimas, ou, ao contrário, querem a transformação brusca, mediante a

revolução. Essa perspectiva não contempla o aperfeiçoamento do Estado, quer sua omissão ou a simples destruição do sistema político-jurídico.

9. Nesse ponto se critica as configurações externas da legalidade e a esfera de legitimidade no seio do Estado. Se a obediência ao que é legal é um dever, por que não há de ser um direito à resistência quando se exercita contra tudo que é ilegal e injusto? Essa teoria legitimaria a condição do indivíduo tornar-se juiz de si mesmo, balizado por critério do justo e do bem-estar social da sociedade política. Quanto ao temor do abuso provável do retorno ao estado de natureza no modelo hobbesiano, isso não pode constituir um motivo racional para negar o direito de resistência. De qualquer direito se pode abusar, mas ninguém pensaria em abolir os direitos só porque há abusos;

10. O direito público moderno e o direito de resistência têm não apenas a mesma origem no jusnaturalismo, mas estão ligados ao discurso político da liberdade⁽³⁹¹⁾. Seus fundamentos derivam desde uma postulação teológica, jurídica, política e ética. Mas o direito de resistência é uma manifestação doutrinária do direito público moderno, devido à estabilidade do poder na relação Estado/sociedade que, por consequência, redundando na disjuntiva liberdade/poder. Ambos surgem para assegurar o *status libertatis*, isto é, o espaço de manobra de que o indivíduo dispõe em face do Estado como “direitos de defesa” ante o Estado.

11. A resistência torna-se tema do Direito Público, que serve como argumento jurídico-ético para opor-se basicamente ao Estado absoluto, já que nesse Estado não há limite legal para o soberano: ele responde somente a Deus,

³⁹¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. ob., cit., pg. 218.

à história e à sua consciência, segundo Hobbes. Contraditoriamente, do absolutismo hobbesiano, de negação dos direitos do súdito surge a noção clara de direito individual restrito ao direito à vida, que, mais tarde, por uma matriz lockiana, se vê fortalecida como anteparo contra o Estado, determinando a moderna teoria do direito de resistência.

12. Ambos os autores operam a mesma matriz jusnaturalista, conjugando os elementos de estado de natureza, contrato, sociedade política e direito natural. O jusnaturalismo moderno "se inicia" com Hobbes, mas se afirma teoricamente em Locke. A doutrina do direito natural soergue a supremacia do indivíduo em detrimento do Estado, conforme vimos no desenvolvimento teórico de Hobbes e Locke. Diante dos direitos naturais, o papel do Estado é apenas o de definidor das exceções. Quanto à justificação jurídica, houve uma valorização do Direito Natural como fundamento do sistema jurídico em seu papel de instrumento essencial na luta contra a tirania. De fato, o Estado absoluto hobbesiano se transformou em Estado liberal lockiano, principalmente quando o Estado reconhece e legitima o desenvolvimento da liberdade individual. Já não é da mesma forma a liberdade positiva, essa se relaciona diretamente com a capacidade de o Estado fornecer bens e prestar serviços à sociedade. Desse modo, somente o Estado declara o reconhecimento formal dos direitos e das liberdades, inclusive a resistência, que em última instância pode enfrentar obstáculos para assegurar a dignidade humana.

13. No conjunto da obra, Locke chega a conclusões diferentes das de Hobbes – quer por influência direta, quer por desenvolvimento paralelo. Mas, tanto Hobbes como Locke representam uma tradição que por muito tempo

dominou o pensamento anglo-saxão e influenciou profundamente os pensadores políticos da Europa. Comparando-se as características dos modelos hobbesiano e lockiano, emergem com nitidez algumas diferenças e semelhanças referentes às alternativas teóricas do Estado: quanto à origem (concepção racionalista); quanto à natureza (o Estado como antítese do estado de natureza); quanto à estrutura (concepção individualista e concepção social do Estado); quanto ao fundamento (teoria contratualista); quanto à legitimidade (teoria do consenso ou através da força)⁽³⁹²⁾. Operando com essas variáveis entre Hobbes e Locke, as diferenças teóricas ficam mais visíveis: para Hobbes o poder é absoluto, indivisível e irresistível; para Locke, ao contrário, é limitado, divisível e resistível⁽³⁹³⁾. Quanto à finalidade do Estado, para Hobbes é a garantia da paz e a defesa da vida, e para Locke a defesa dos direitos individuais, com ênfase no direito de propriedade.

14. No entanto, saber qual dos dois modelos melhor expressou o curso histórico quanto à organização político-jurídica é uma questão difícil, que não permite uma resposta cabal. O problema da resistência, mesmo quando não explicitamente enunciada, encontra-se tanto no modelo hobbesiano quanto no lockiano. Assim, o direito de resistência não é mais um direito natural não-protegido, mas um direito protegido dentro do sistema jurídico da sociedade política. Recuperam-se elementos do jusnaturalismo para a justificação de algumas de suas modalidades. Esse primado jurídico torna-se princípio constitucional – a vida e a segurança física do indivíduo – nos vários sistemas jurídicos dos Estados, muitas vezes considerado como "legítima defesa penal".

³⁹² BOBBIO, N./BOVERO, M. *Sociedade e Estado...*, ob., cit., pg. 44.

³⁹³ BOBBIO, N./BOVERO, M. *Sociedade e Estado...*, ob., cit., pg. 75.

15. Dentro do atual estágio do desenvolvimento da Teoria do Direito não podemos invocar apenas o jusnaturalismo como fundamento para justificar a resistência, devido à disparidade doutrinária do jusnaturalismo. O jusnaturalismo torna-se inadequado em face das novas demandas do Estado moderno e é superado por outro modelo jurídico (positivismo), que elimina todas as outras fontes normativas que não o direito estatal. Busca-se a superação do modelo jusnaturalista pelo modelo positivista. Começa uma fase de positivação dos códigos e das Constituições, que acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais⁽³⁹⁴⁾. A escola da exegese, na França, junto com a promulgação dos grandes códigos, alcança grande prestígio, especialmente com o código napoleônico; a idéia de que eles condensavam, de forma ordenada, conhecimentos jurídicos acumulados durante séculos e o postulado político de que a lei é a expressão da vontade do povo e da razão fizeram que se rendesse um verdadeiro culto ao texto da lei⁽³⁹⁵⁾.

16. Dessa forma, os sistemas jurídicos jusnaturalista e positivista ainda se entrecruzam, notadamente quando o objeto de análise são os direitos humanos. O jusnaturalismo e o positivismo não conseguem de forma absoluta ser justificadores do direito de resistência, como também de toda Teoria do Direito contemporânea, pois, como afirma o Prof. José Alcebiades, esses dois grandes modelos paradigmáticos de ciência jurídica são insuficientes e inadequados para

³⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional. ob., cit.*, pg.232.

³⁹⁵ NOVOA MONREAL, Eduardo. *O direito como obstáculo à transformação social. ob., cit.*, pg. 85.

dar conta dos problemas jurídicos⁽³⁹⁶⁾. Dessa forma, outras teorias surgem para dar nova justificação e se completam, uma à outra, como a teoria humanista, que encontrará sua fundamentação na própria experiência dos direitos humanos, na consciência social extraída da teoria de Perelman⁽³⁹⁷⁾, no agir comunicativo de Habermas⁽³⁹⁸⁾ ou na Teoria Crítica⁽³⁹⁹⁾.

17. A teoria do direito de resistência também desnuda a proposta jurídico-positivista – que se acha na formação do Estado moderno – de que o Direito Positivo era bastante e suficiente para a regulação das relações sociais. O problema do positivismo jurídico foi instrumentalizado por uma estratégia de neutralização do conflito político em nome da ordem pública, assentada na premissa da segurança absoluta. Como sabemos, a segurança jurídica é sempre relativa devido às constantes variáveis, principalmente as de natureza política.

18. Independentemente dos esforços do pensamento político moderno em torno da teoria de legitimidade ou da formação do Estado pelo contrato, ou da legitimidade assentada na construção de uma sociedade consensual, forçosamente se conclui que o Estado, segundo a razão moderna iluminista, ainda não cumpriu totalmente sua promessa de distribuição equânime da justiça social inscrita na liberdade, na igualdade e na fraternidade de todos⁽⁴⁰⁰⁾.

19. No princípio do século XVII não se permitia outro questionamento do Estado senão o de definir seus poderes e exigir obediência dos súditos, questão

³⁹⁶ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (*et alii*). (Org.) *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996, pg. 16.

³⁹⁷ Vd. PERELMAN, Chäim. *Ética e direito*. ob., cit.

³⁹⁸ Vd. HABERMAS, J. *Direito e democracia*. ob., cit., pg. 145.

³⁹⁹ Vd. WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento crítico*. 2a. ed. São Paulo: Acadêmica, 1995.

⁴⁰⁰ Vd. ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

essa que passa a ser a mais importante do pensamento político europeu. Por sua vez, o tema da resistência à opressão, em nossos dias, está relacionado intimamente ao questionamento do Estado como lugar geométrico da positividade jurídica nas sociedades contemporâneas⁽⁴⁰¹⁾ em dizer o Direito (*juris+dicere*), pois surgiram outras formas não-estatais de produção do Direito, como o pluralismo jurídico. Nessas condições, o direito de resistência retoma o fato social como fonte do Direito, independentemente do reconhecimento estatal.

20. Tal situação fica patentemente demonstrada na ampliação dos direitos fundamentais, que abrangem não apenas os direitos individuais e políticos, estes afirmados ao longo do século XIX, mas também alguns dos direitos sociais. O profundo enraizamento social desses direitos individuais, como corolário do triunfo político do projeto liberal, organiza-se em direitos e garantias, e isso se torna mais plausível quando são os próprios indivíduos que detêm os instrumentos da determinação jurídica e dela se tornam beneficiários. Com a crescente participação do indivíduo no poder do Estado, estabelecem-se gradualmente os direitos políticos do cidadão.

21. Algumas correntes políticas modernas (socialistas, anarquistas) propugnavam pelo desaparecimento do próprio Estado, principalmente no século XIX, e, da mesma forma, por absorção, iria desaparecer o direito de resistência. Essas correntes, independentemente de seus propósitos, falharam quanto à previsão do desaparecimento do Estado e prejudicaram sensivelmente o desenvolvimento teórico do direito de resistência. O século XIX foi trágico para o desenvolvimento do direito de resistência, somente retomado no século XX,

⁴⁰¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos ...ob., cit.,* pg. 201.

principalmente em decorrência da Segunda Guerra, e reaparecendo com ênfase no século XX nos textos constitucionais⁽⁴⁰²⁾.

22. O conceito moderno de resistência só se consegue impor, em termos de estrutura político-jurídica, nas Declarações de Direito e nas Constituições. Os fatos relacionados à Independência e à Constituição dos Estados Unidos da América criticavam as violações do rei da Inglaterra, e a independência surge sob o auspício do princípio da autodeterminação dos povos. A Declaração Francesa de Direitos de 1789 proclamou expressamente o direito de resistência à opressão, da mesma forma que a Constituição Francesa de 1791.

23. O questionamento inicial do direito de resistência gira em torno de quem defenderá a sociedade, quando esta for agredida pelas próprias autoridades do Estado. Será que é razoável que apenas o Estado disponha de mecanismos de defesa, ficando a sociedade desguarnecida? Não. Surge, também, o conceito de necessidade constitucional, ao possibilitar a defesa social para garantir a ordem democrática.

24. Ao trazer para o campo do direito constitucional a problemática do direito de resistência, estabelecem-se os critérios normativos quanto a sua extensão jurídica. Dessa forma, isso é apenas o ponto de partida, já que se põe o problema de identificar a resistência no texto constitucional brasileiro, como também faz repensar o modelo de funcionamento das garantias políticas e jurídicas da sociedade, já que a construção teórica tem como objetivo reconhecer no âmbito constitucional brasileiro o direito de resistência como mais uma forma limitativa do poder estatal e uma garantia de autodefesa da sociedade. Trata-se,

⁴⁰² BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. ob., cit., pg. 255.

portanto de reforçar a estrutura constitucional quanto a alguns aspectos de defesa da sociedade. O direito "não se concretiza apenas no campo dos fatos, mas também no dos modelos normativos, consagrados pelas Constituições e por outras leis políticas"⁽⁴⁰³⁾.

25. A Constituição deve ser lida à luz de seu *locus* político, eis que o sistema jurídico deve dialogar com sua realidade social, já dotado de certa abertura axiológica que permite novas fundamentações de justiça material (art. 5º, 2º, CF).

26. Ao flexibilizar o sistema constitucional com o intuito de administrar a pressão demandada, sem comprometer a estrutura constitucional, o que se perde por essas circunstâncias político-administrativas se ganha, de forma ampla, na democracia e no pluralismo jurídico.

27. A Constituição brasileira projeta a combinação da democracia representativa com a democracia participativa. A noção de soberania popular se insere na capacidade de cada cidadão produzir parcialmente o poder político e o respectivo chamamento para participar dos negócios públicos. Desse modo, o Estado de Direito torna-se o "Estado 'do' direito", que se caracteriza pelo regime democrático e pelo fortalecimento da garantia dos direitos fundamentais.

28. A Constituição, cujos procedimento têm por objetivo assegurar o exercício do poder social e político, deve fazer certas previsões sobre o dissenso, ao prescrever as possíveis violações ao sistema jurídico, pois para arbitrar o dissenso o político necessita ser juridicizado. Dessa forma, é preciso que o direito de resistência não esteja apenas no mundo dos fatos ou da dependência da

⁴⁰³ MARQUES GUEDES, Armando M. *Ideologia e sistemas políticos*. ob., cit., pg. 20.

hermenêutica jurídica, mas previsto e garantido na Constituição, além de construir uma unidade teórica do fenômeno da resistência, independentemente das espécies e da extensão que tomarem assento constitucional⁽⁴⁰⁴⁾.

29. O advento de emenda constitucional sobre o direito de resistência tem um caráter fundamental para decidir os conflitos de sua natureza dentro do sistema jurídico, em conjunto com as demais regras e princípios que compõem o sistema jurídico. Desse modo, defende-se a inclusão expressa do direito de resistência, precisamente no art. 5º, CF (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), com a seguinte redação: "todos têm o direito de resistir a qualquer ordem ou omissão que ofenda os direitos, liberdades e garantias e de repelir qualquer agressão, inclusive quando proveniente de autoridade pública".

30. A justificação já trabalhada na ANC está bem estruturada⁽⁴⁰⁵⁾, mas ao repropor a emenda constitucional esta necessita da devida atualização constitucional, no sentido de:

a) - significar mais solidez, extensão ou efetividade não apenas à solução demandada pelas forças sociais e políticas, mas maior rigidez formal e jurídica.

⁴⁰⁴ Sen. Itamar Franco (PMDB/MG). Anais da Assembléia Nacional Constituinte, 27/08/1987, pg. 4952. "É certo que a Constituição deve enunciar tão-somente os preciosos fundamentos da organização jurídica nacional - mas não se pode mutilá-la, deixando aspectos essenciais e substantivos para leis ordinárias e complementares. Se ela aspira a durar, a ser o tão quanto possível permanente, não há de se ater na numerologia, mesmo porque esta Assembléia Nacional Constituinte deve refletir o amplo fórum dos comícios de 86 e os embates públicos do pós 64, buscando, necessariamente, a súmula definitiva nos debates do plenário onde irão se apresentar as emendas populares, se defrontar as idéias, opiniões, e aflorar explicita e publicamente as contradições".

⁴⁰⁵ Dep. José Genoíno. (PT/SP). Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Suplementos Atas das Comissões. Vol. 5. 18/06/1987, pg. 38. "O famoso direito de resistência, estabelecendo uma fase particular da história americana na luta pela independência. E ao estabelecer aquele direito - e isto tem sido discutido pôr vários juristas - estabelecem relação a um determinado conceito de valor. Aí se estabelece o direito enquanto legitimidade, porque aqueles valores que são universais são contrariados. Esse foi o sentido mais avançado da inclusão desse princípio na Constituição Americana (...).Então, eu acho que é esse mecanismo, em que momento a sociedade pode se organizar para ter sua autonomia em relação ao Estado, na medida em que há uma relação diferente utilidade da sociedade ao Estado".

Quando desmandar em golpe de Estado, escaramuças militares, tiranias, leis e atos injustos ou se pretender a ruptura da ordem constitucional, dos direitos e garantias fundamentais, esse dispositivo constitucional dará a cada cidadão e a toda sociedade o direito, senão o dever, de opor sua resistência a essas tentativas de usurpação da soberania popular;

b) - evitar que previsões normativas deponham contra a existência da resistência na realidade constitucional. A invocação de que o direito de resistência tem lugar juridicamente "visível" nessa ordem de "estatuto formal" é questão relevante, mas não decisiva, pois se inclui, como vimos, no domínio hermenêutico do materialmente constitucional.

c) - melhorar o desenvolvimento da solução dos conflitos políticos, próprios da democracia constitucional;

d) - evitar interpretações desmedidas de princípios jurídicos que impugnam outras decisões legítimas tomando por base o sentido da justiça;

e) - tornar-se um recurso educativo de cidadania que faça lembrar de forma permanente ao governante esse fatídico direito, quando o Estado se colocar contra a sociedade.

f) - consubstanciar uma nova forma de protesto e impedir a explosão da violência, dentro de uma "desordem controlada e criativa". Dessa forma, funciona para a engenharia política como um *establishment* nos Estados contemporâneos;

g) - clarear com maior nitidez a diferença entre um ato político de resistência e um ato penal de resistência, como também entre resistência legítima e resistência ilegítima. Facilita-se, assim, a administração da justiça quando se

atribui a identificação sobre um tipo de ação e lícita e do crime comum que integram os distintos institutos jurídicos.

h) - tornar-se mais um "remédio-garantia" contra a "enfermidade" da injustiça e a favor do aperfeiçoamento do Estado democrático de direito. A resistência institucional vai demonstrar a vitalidade do Estado democrático, que a coloca à disposição da sociedade como mais um mecanismo de defesa social.

31. A estratégia da institucionalização constitucional possibilita uma previsão de resultados na ordem jurídica, contudo tem resultados controvertidos na conformação do Estado ou da sociedade, quando a estratégia da resistência visa restaurar o sistema político-jurídico democrático ou mesmo se empenha na sua destruição, apresenta-se de forma contraditória, dependendo da qualidade do regime, se é ou não democrático.

32. O direito de resistência recebe uma densidade constitucional própria, por também ser um direito atípico. Pois, fossem os interesses passíveis de generalização dentro dos marcos constitucionais não haveria, para a resistência, nem motivo nem ocasião. É bem verdade que não é possível haver resistência sem choques na estrutura de governo.

33. A teoria da resistência foge à regra dos discursos convencionais da positividade jurídica, induzindo o cumprimento da relação deveres/direito com o Estado. Há uma contradição inerente à natureza do sistema jurídico que exprime, necessariamente, num dos pólos, certa ordem de convivência com "intensidade coercitiva e, no outro, representa o permanente anseio de justiça social, que

contesta as degenerações em dominação espoliativa e repressiva, na qual a ordem estabelecida se corrompe"⁽⁴⁰⁶⁾.

34. O direito de resistência, ainda que possa ter forma jurídica de instrumentalidade de ação, não possui forma e conteúdo únicos capazes de dar conta de todo o fenômeno demandado. Como sabemos, não há uma imunidade prévia contra a má-fé ou as subversões de todo tipo. A resistência opera quase sempre como um instrumento de reforma do sistema político e um direito de defesa social, mediante um conjunto de ações jurídicas, sociais e políticas. Se de um lado a resistência pode destruir, de outro cimenta a unidade jurídica da ordem, tornando-se mais uma garantia constitucional.

35. Pela magnitude de sua reivindicação, a resistência é a possibilidade última de assegurar à pessoa sua dignidade humana na dicotomia liberdade/opressão.

⁴⁰⁶ LYRA FILHO, Roberto. *Razões de defesa do direito*. Brasília: Obreira, 1981, pg. 7.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. São Paulo: Ícone Editora, 1997.

ARAUJO, Luis Ernani Bonesso de. *O acesso à terra no Estado Democrático de Direito*. Frederico Westphalen: URI, 1988.

ARENDT, Hannah. *Da revolução*. trad. J. R. Miney. Brasília: UNB, 1988.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* trad. J. da Costa. Lisboa: Almedina, 1994.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

_____. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENDA, Ernesto. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1996.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *(et alii)*. *Dicionário de política*. 2a ed. trad. J. Ferreira e outros. Brasília: UNB, 1986.

_____. *Locke e o direito natural*. 2a ed. trad. de S. Bath. Brasília: UNB, 1988.

_____. *Thomas Hobbes*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

_____. BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

_____. BOVERO, Michelangelo (Org). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. trad. Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del derecho*. trad. Vicente Herrero. México: Fonso de Cultura Económica, 1942.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BORJA, Rodrigo. *Principios de derecho político y constitucional*. México: Fonso de Cultura Económica, 1991.

BRANDÃO, Anna Lúcia. *A resistência parlamentar após 1964*. Brasília: Senado Federal, 1984. (Coleção Hypólito da Costa).

BUFFELAN, J. O. *Introduction à la sociologie politique*. Paris: Masson, 1969.

BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Tomo IV. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

_____. *Les libertés publiques*. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972.

BUTTÀ, Giuseppe. *John Adams e gli inizi del costituzionalismo americano*. Milão: Guiffré, 1988.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CADONI, G. Leggi costituzionali della Repubblica fiorentina dal 1494 a 1512. In: *Storia e politica*. Roma: Vecchia dic., 1980.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

CARVAJAL, A., Patricio. Derecho de resistencia, derecho a la revolución, desobediencia civil. Una perspectiva histórica de interpretación. La formación del derecho público y de la ciencia política em la temprana Edad Moderna. *Revista Estudios Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. N°. 76, abril-junio 1992.

CERQUEIRA, Marcelo. *A constituição na história: origem e reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 1993.

CHÂTELET, François (*et alii*). *História das idéias políticas*. trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONTRADOGMÁTICA. Vol. 2, No. 4/5. Santa Cruz do Sul: FISC: Florianópolis: ALMED, 1985.

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

COHAN, A. S. *Teorias da revolução*. trad. Maria M. Mendes. Brasília: UNB, 1981.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

DAHRENDORF, Ralf. *Ley y orden*. trad. Luis María Díez-Picazo. Madrd: Editorial Civitas, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DOBROWOLSKI, Silvio. O pluralismo jurídico na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. N°. 115, jul-set 1992.

_____. O Poder Judiciário e a Constituição. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, N°. 136, out-dez 1997.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 3a. ed. Paris: Ancienne Libraire Fontémoing, 1930.

DWORKIN, Ronald. *Filosofia del derecho*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1982.

_____. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

EHRHARDT SOARES. Rogério. *Direito público e sociedade técnica*. Lisboa: Editora Lisboa, 1969.

ESMEIN, A. *Elements de droit contitutionnel français et comparé*. 6a. ed. Paris: 1914.

ESTEVES ARAÚJO, José Antônio. *La constitución como processo y la desobediência civil*. Madrid: Editorial Trotta, 1994.

FALCÓN Y TELLA, María José. La desobediencia civil como derecho. *Cadernos de Direito da Unigranrio*. Duque de Caxias: UNIGRANRIO, N° 01, 1999.

FAGUNDES, Seabra. *Da proteção do indivíduo contra o ato administrativo ilegal ou injusto*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional (DASP), 1946.

FASSÒ, Guido. "Jusnaturalismo". In: BOBBIO, N. (et. all). *Dicionário de política*. 2a. ed. trad. J. Ferreira e outros. Brasília: UNB, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad. In: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Corrupción y estado de derecho - el papel de la jurisdicción*. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder constituinte e direito adquirido (algumas anotações elementares). São Paulo: *Revista dos Tribunais*. N° 745, nov. 1997.

FREITAS, Juarez. *Da substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes-EDIPUCRS, 1989.

FRIEDRICH, Carl J. *La Démocratie constitutionnelle*. Paris: P.U.F., 1958.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil. Direito fundamental*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1994.

GARCIA, Paulo. *Direito de greve*. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1961.

GENRO, Tarso. *Contribuição à crítica do direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr., 1988.

_____. *Introdução crítica do direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

GIERKE, Otto. *Political theories of the Middle Age*. trad. F. W. Maitland. Cambridge: Universidade de Cambridge, 1987.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1995.

GURR, Ted Robert. *Manual do conflito político*. trad. Inéa Fonseca. Brasília: UNB, 1985.

GUTMAN, Israel. *O levante do gueto de Varsóvia*. trad. A. Lissovski. Rio de Janeiro: Imago-United States Holocaust Memorial Museum, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAURIOU, André. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Montchrétien, 1972.

_____. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 4ª ed. Paris: 1970.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. trad. L. Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HERRFAHRDT, Heinrich. *Revolución y ciencia del derecho*. trad. Antonio Polo. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1932.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. trad. G. F. Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

_____. Significado de los derechos fundamentales, In: BENDA, Ernesto. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1996.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 2ª ed. trad. de J. P. Monteiro e M. B. Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. *Do cidadão*. trad. de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 8a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. trad. F. de Los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1973.

KANT, E. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Coimbra: Coimbra, 1960.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª. ed. trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

_____. La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle). *Revue Public et da Science Politique en France et a L'Étranger*. Paris: 1928.

LA BOÉTIE, Etienne de. *O discurso da servidão voluntária*. 4. ed. trad. Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. A soberania dos direitos humanos. *Lua Nova*. N° 35, 1995. São Paulo: 1995.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEDUR, José Felipe. Abusividade de greve. Impossibilidade de sua declaração pelos tribunais. In: *Perspectiva do Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

LEITÃO, J. M. Silva. *Constituição e direito de oposição*. Coimbra: Almedina, 1987.

LIMA, Hermes. *Direito de revolução*. Salvador: Tipografia da Bahia, 1926.

LYRA FILHO, Roberto. *Razões de defesa do direito*. Brasília: Obreira, 1981.

LOCKE, John. *O segundo tratado sobre o governo*. trad. de A. Alex. São Paulo: Abril, 1973.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. trad. A. G. Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

LOSANO, Mario G. *Los grandes sistemas juridicos*. trad. Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Debate, 1993.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. trad. Maria Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980.

MACHADO NETO, A. L. *História das idéias jurídicas no Brasil*. São Paulo: USP, 1969.

MACPHERSON, C. B. *A democracia liberal. Origem e evolução*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MARINHO, Josaphat. *Direito de revolução*. Salvador: Tipografia da Bahia, 1953.

MARQUES GUEDES, Armando. *Ideologia e sistemas políticos*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa (Separata), 1978.

MALEM, J. *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona: Ariel, 1988.

MARSANICH, Fillippo de. *La Costituzione questa sconosciuta*. Roma: Europa Libera, 1965.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classes sociais e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos fundamentales y constitución*. Madrid: Editorial Civitas, 1992.

MATTEUCCI, N. "Contratualismo". In: BOBBIO, N. (et alii). *Dicionário de Política*. 2a. ed. trad. J. Ferreira e outros. Brasília: UNB, 1986.

MAZZONI, Giuliano. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972

MELONI, C. *Il diritto di resistenza collettiva nel nuovo ordinamento costituzionale*. Roma: Nuovo diritto, 1949.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris: 1994.

MEYER, V. *Institutiones juris naturalis*. Paris: Friburgi Brisgoviae, 1900.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. Tomo V, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MIRANDA ROSA, F.A (org.). *Direito e conflito social*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5a. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORTATI, Constantino. *La costituzione in senso materiale*. Milão: Giuffré, 1940.

NACIONES UNIDAS. *ABC de las Naciones Unidas*. Nueva York: Departamento de Información Pública, 1998.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NEVES, Castanhera. *A revolução e o direito*. Lisboa, 1976.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *O direito como obstáculo à transformação social*. trad. Gérson P. dos Santos. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 13a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (et alii). (org.) *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996,

_____. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2000.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

PALMEIRA, Pedro Lins. *As leis injustas e a sua sanção*. Recife: Imprensa Industrial, 1933.

PASUKANIS, Eugeny B. *A Teoria geral do direito e o marxismo*. trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. *Direito político de resistência*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PECES-BARBA, Gregório. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Eudema, 1988.

PEYRANO, Alberto. *Derecho de resistencia*. Buenos Aires: Biendras, 1897.

PERELMAN, Chäim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *Los derechos fundamentales*. 5ª ed. Madrid: Editorial Tecnos. 1993.

QUINTANA, Fernando. *La ONU y la Exégis de los Derechos Humanos (una discusión teórica noción)*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. Vol. 1, 2. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6^a. ed. trad. L. Cabral Moncada. Coimbra: Armenio Amado, 1997.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. trad. Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. Teoria de la Desobediencia Civil. In: Dworkin, Ronald. *Filosofia dei Derecho*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1980.

REALE, Miguel. *Nova Fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990,

ROCHA, Cármem Lúcia A. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUEZ-CABELLO, Enrique Laraña. Un derecho no reconocido en la Constitución: el derecho a la resistencia. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Madrid: N° 02, 1979.

ROMANO, Santi. *Principi di diritto costituzionale generale*. 2a. ed. Milano: Giuffrè, 1947.

ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. 3a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

SABINE, George H. *Historia de la teoría política*. trad. Thomas Thorson. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1994.

SALDANHA, Nelson. A ordem estatal e legalista. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. N°. 96, jan-mar 1987.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. Bahia: Livraria Progresso, 1954.

SANCTIS, F. Diritto di resistenza. In: *Enciclopedia dei Diritto*. Vol XXXIX, Milano: 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARTORI, Giovanni. *Teoria democrática*. Rio de Janeiro/Lisboa: Coedição da Editora Fundo de Cultura, 1994.

SCHMITT, Carl. *Teoria da constituição*. Buenos Aires: De Palma, 1965.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SINGER, Peter. *Democracy and disobedience*. Oxford: Oxford University Press, 1974.

SGARBI, Adrian. *O referendo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SOARES, Oswaldo. *Pequeno Dicionário Burguês-Proletário*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1983.

SOARES, Luiz Eduardo. *Os dois corpos do presidente e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

SOARES, Rogério. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Atlântica Editora, 1969.

SOLER, Sebastian. *Lei, história e liberdade*. Buenos Aires: La Ley, 1946.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo. *Para uma crítica da eficácia do direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris: 1984.

SUÁREZ, Francisco. *De legibus et de natura legis*. Madrid: Enciclopedia de Derecho, 1971.

TAVARES, Ana Lúcia Lyra. A constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, N°. 109, jan-mar 1991.

TAVARES, Geovani de Oliveira. O direito fundamental de resistência do Movimento dos Sem-Terra. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TOCQUEVILLE. A. *Antigo regime e a revolução*. Brasília: UNB, 1989.

THOREAU, Henry. *Desobedecendo: a desobediência civil e outros escritos*. 2ª. ed. trad. José Augusto Drumond. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

TELLES JUNIOR, Gofredo. *Resistência violenta aos governos injustos*. Recife: Faculdade de Direito do Recife (Separata), 1962.

WALZER, Michael. *Das obrigações políticas: ensaios sobre a desobediência, guerra e cidadania*. trad. H. M. C. M. Pereira. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

WELZEL, Hans. *Ley y conciencia*. trad. E. G. Valdés, In: *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1980.

WHITAKER, Francisco (org). *Cidadão constituinte*. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

_____. *Introdução ao pensamento crítico*. 2a. ed. São Paulo: Acadêmica, 1995.

_____. *Desobediência civil nas sociedades democráticas. Seqüência*. Florianópolis: UFSC/CPGD, N° 20, 1990, pg. 20-39.

VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado*. São Paulo: LTR, 1996.

VILANOVA, Lourival. *Teoria jurídica da revolução*. In: *As tendências atuais do direito público*. (Estudo em Homenagem ao Prof. Afonso Arinos de Melo Franco). Rio de Janeiro: Forense, 1976.

VIRGA, Pietro. *Diritto costituzionale*. Milão: Giuffrè, 1971.

ZIPPELUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3ª. ed. trad. Karin P. Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale*. Vol I. Torino: UTET, 1988 - (reimpressão de 1993).

7. ANEXOS

ANEXO I - FONTE CONSTITUCIONAL E LEGISLATIVA DO DIREITO DE RESISTÊNCIA

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

V - o pluralismo político.

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

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

VII - solução pacífica dos conflitos;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

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

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 suas liturgias;

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

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;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra a ilegalidade o ou abuso de poder;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o estado democrático;

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

§ 2º. 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.

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.

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular;

§ 1º. O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluralismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

§ 4º. É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 1º. A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa e estado de sítio;

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

IV - os direitos e garantias individuais.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais.

Art. 90. Compete ao Conselho da República pronunciar-se sobre:

II - as questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

Art. 129. São funções do Ministério Público:

II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grande proporção na natureza.

I - restrições aos direitos de:

a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;

b) sigilo de correspondência;

c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica.

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medidas tomadas durante o estado de defesa.

Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

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 imperativos 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.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativas dos poderes público e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

Art. 9º. Os que, por motivos exclusivamente políticos, foram cassados ou tiveram seus direitos políticos suspensos no período de 15 de julho a 31 de dezembro de 1969, por ato do então Presidente da República, poderão requerer ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento dos direitos e vantagens interrompidos pelos atos punitivos, desde que comprovem terem sido estes eivados de vício grave.

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL - Decreto-Lei Nº 4.657, de 04 de setembro de 1942

"Art. 3º. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, alegando que não a conhece.

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

ANEXO II - REQUERIMENTOS DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

O responsável pelo alistamento militar, antes de entregar ao optante pelo Serviço Alternativo o modelo de Requerimento de Vaga para Prestação Alternativa ao Serviço Militar Obrigatório e da Declaração de Objeção de Consciência, deverá ler para o requerente em voz alta o texto abaixo:

1º - O não cumprimento do Serviço Alternativo ou dos deveres, obrigações e disposições referentes aos optantes por esta modalidade de Serviço implicará a suspensão de seus direitos políticos, o que significa que não poderá votar, nem ser candidato a qualquer cargo eletivo;

2º - A duração do Serviço Alternativo é de dezoito meses, portanto, seis meses a mais do que o Serviço Militar Obrigatório;

3º - Em qualquer ocasião poderá apresentar um requerimento para prestar o Serviço Militar, passando a concorrer à primeira seleção geral que vier a ocorrer. Neste caso, estará desistindo definitivamente de prestar, no futuro, Serviço Alternativo.

Formulário I: Declaração de imperativo de consciência.

MINISTÉRIO DO EXÉRCITO (Marinha ou Aeronáutica)

Ao Sr. Presidente da Comissão de Avaliação da _____ Região Militar

Nome e qualificação, endereço, declaro, para fins de prestação do Serviço Alternativo Militar Obrigatório, que, por motivo de convicção (política ou filosófica), não desejo prestar o Serviço Militar Obrigatório. Aceitando, contudo, todas as condições impostas pela Lei de Prestação do Serviço Alternativo (8.239/91), e seu Regulamento nos termos do art. 15, § 4º (RLPSA). Estou ciente de que a prestação do Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório não gerará vínculo empregatício permanente e de que o não cumprimento do serviço alternativo, de seus deveres, obrigações e disposições referentes aos optantes por esta modalidade de serviço implicará a suspensão de meus direitos políticos.

Nestes Termos,
Pede deferimento.

Local, data
Assinatura.

Formulário II : Requerimento de vaga

MINISTÉRIO DO EXÉRCITO (Marinha ou Aeronáutica)

Ao Sr. Presidente da Comissão de Apreciação da _____ Região Militar

OBJETO: REQUER VAGA PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO ALTERNATIVO AO SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO

Nome e qualificação, Nº do Registro de Alistamento (RA) do Certificado de Alistamento Militar (CAM), requer que lhe seja concedida vaga para prestação do Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório, optando, prioritariamente, por sua prestação nas seguintes profissões definidas ou áreas de: _____ (profissão definida ou área de interesse em ordem de preferência).

Tal solicitação encontra amparo na Lei Nº 8.239, de 04 de outubro de 1991. É a primeira vez que requer.

Nestes Termos,
Pede deferimento.

Local, data
Assinatura

Formulário III: Declaração de recusa ao serviço alternativo

MINISTÉRIO DO EXÉRCITO (Marinha ou Aeronáutica)

Ao Sr. Presidente da Comissão de Apreciação da _____ Região Militar

Nome e qualificação, declaro que me recuso a prestar o Serviço Obrigatório e, também, o Serviço Militar Alternativo, estando ciente de que, dentro de dois anos, terei meus direitos políticos suspensos, após o que receberei o correspondente Certificado de Recusa de Prestação do Serviço Alternativo, mediante entrega de meu Título Eleitoral.

Nestes Termos,
Pede deferimento.

Local, data
Assinatura

ANEXO III - DIREITO DE RESISTÊNCIA NA ANC

Os Anais da Assembléia Nacional Constituinte do Brasil, de 1987-1988, possibilitam traçar algumas reflexões quanto aos diversos posicionamentos políticos assumidos pelos constituintes (projetos, emendas e discussões) que tratam do direito de resistência.

A pesquisa realiza-se com as fontes primárias da ANC, que são os Anais, organizados em três distintos modos⁽⁴⁰⁷⁾: eletrônico, bibliográfico e arquivístico. Dos documentos publicados pela ANC, o debate do direito de resistência está concentrado em duas comissões e quatro subcomissões: Vol. I - Comissão I - da soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher; Vol. II - IV - Subcomissão Ib - dos direitos políticos, dos direitos coletivos e garantias - Subcomissão Ic - dos direitos e garantias individuais; Vol. XIII - Comissão IV - da organização eleitoral, partidária e garantia das instituições; Vol. II - Subcomissão IV.b - de defesa dos Estados, da Sociedade e de sua segurança.

A Assembléia Nacional Constituinte foi precedida pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos). Tancredo Neves, depois de eleito presidente, cogitou da criação de uma "Comissão de Notáveis" para elaborar um anteprojeto de Constituição, tendo em vista a participação de amplos segmentos da sociedade. Após o seu falecimento, o Presidente Sarney assinou o Decreto n. 91.450, de 18 de julho, constituindo uma "Comissão Provisória de Estudos Constitucionais", composta de cinquenta membros⁽⁴⁰⁸⁾, a fim de desenvolver e pesquisar estudos fundamentais, no interesse da nação brasileira, para futura colaboração nos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte⁽⁴⁰⁹⁾.

⁴⁰⁷ Vd. OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de Informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1993.

⁴⁰⁸ FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. ob., cit., pg. 63-65. São os membros da Comissão Afonso Arinos, conforme divulgação feita no DOU, de 19/08/1985: Afonso Arinos de Mello Franco (jurista), Alberto Venâncio Filho (jurista), Antônio Ermírio de Moraes (empresário), Barbosa Lima Sobrinho (escritor e jornalista), Bolívar Lamounier (politicólogo), Cândido Antônio Mendes de Almeida (sociólogo), Célio de Oliveira Borja (jurista e político), Celso Furtado (economista), Cláudio Pacheco (jurista), Clóvis Ferro Costa (jurista), Cristovão Ricardo Cavalcanti Buarque (engenheiro e politicólogo), Edgard de Godói da Mata Machado (jurista), Eduardo Mattos Portella (escritor), Evaristo de Morais Filho (jurista e sociólogo), Fábio Konder Comparato (jurista), Fajardo José Pereira Faria (jurista), Pe. Fernando Bastos de Ávila (sociólogo), Floriza Verucci (jurista), Gilberto de Uihôa Canto (jurista), Hélio Jaguaribe (sociólogo), Hilton Ribeiro da Rocha (médico), João Pedro Gouvea Vieira (empresário), Joaquim de Arruda Falcão Neto (jurista e sociólogo), Jorge Amado (escritor), Josaphat Ramos Marinho (jurista e político), José Afonso da Silva (jurista), José Alberto Assupção (jurista), José Francisco da Silva (líder sindical), José Meira (empresário), José Paulo Sepúlveda Pertence (jurista), José Paulo Ramos (jurista), Luís Eulálio de Bueno Vidigal Filho (empresário), Luiz Pinto Ferreira (jurista), Mario de Souza Martins (político), Mauro Santayana (jornalista), Miguel Reale Júnior (jurista), Miguel Seabra Fagundes (jurista), Ney Prado (jurista), Odilon Ribeiro Coutinho (empresário), Orlando M. de Carvalho (jurista e politicólogo), Paulo Bonavides (jurista), Paulo Brossard de Souza Pinto (jurista e político), Raphael de Almeida Magalhães (político), Raul Machado Horta, (jurista) Rosah Russomano (jurista), Sérgio Franklin Quintella (empresário), Walter Barelli (economista). Contudo, diversos membros renunciaram à aludida Comissão, como Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato e Miguel Seabra Fagundes. Outros membros foram designados em substituição: Gilberto Freyre, Laerte Vieira Ramos, Hélio Souto e Guilhermino Cunha.

⁴⁰⁹ A coordenação dos trabalhos coube a Afonso Arinos de Mello Franco (Presidente); Mauro Santayana (Secretário-geral); Prof. Ney Prado (Secretário-executivo).

A instalação da Assembléia Nacional Constituinte ocorreu em 01/02/1987 sob a presidência do Min. José Carlos Moreira Alves, então presidente do Supremo Tribunal Federal. Logo no dia seguinte, o Dep. Ulisses Guimarães foi eleito presidente da ANC. Após elaborou-se o regimento interno onde foram formadas vinte e quatro subcomissões incumbidas de elaborar a nova Constituição, organizadas em oito comissões temáticas, que, por fim, encaminham o anteprojeto à Comissão de Sistematização.

O relator desta comissão, Deputado Bernardo Cabral, apresentou um trabalho unificado em uma peça de quinhentos e cinquenta e um artigos. Tal projeto recebeu cinco mil, seiscentas e quinze emendas, passando depois ao Plenário. No dia 26 de agosto, com base em vinte mil, setecentas e noventa emendas do Plenário e cento e vinte e duas emendas populares, Bernardo Cabral apresentou um substitutivo com trezentas e setenta e quatro artigos na Comissão. Ainda no dia 15 de setembro foram examinadas quatorze mil, trezentas e vinte emendas ao substitutivo, sendo elaborado o anteprojeto com trezentos e trinta e seis artigos. O trabalho foi para o plenário, que aprovou a atual constituição de 05 de outubro de 1988, com trezentos e quinze artigos.

Propostas Apresentadas Sobre Direito de Resistência

No projeto de constituição apresentado pela Bancada do Partido dos Trabalhadores, em 06 de maio de 1987, consta o direito de resistência, *in verbis*: "Origem, finalidade do poder e direito de resistência. Art. 2º - Todo poder é exercido por delegação e participação popular direta. Sua organização deve ter por fim a eliminação das desigualdades sociais, e assegurar a todos uma vida digna, livre e feliz. Parágrafo único. É assegurado a qualquer pessoa o *direito de se insurgir contra atos* que violentem os direitos universais da pessoa humana".

A seguir, o Dep. José Genoíno (PT/SP) apresenta a respectiva Emenda à Comissão da Soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher, *in verbis*, "art. 2º - Todo poder é exercido por delegação e participação popular direta. Sua organização deve ter por fim a eliminação das desigualdades sociais, e assegurar a todos uma vida digna, livre e feliz. Parágrafo único. É assegurado a qualquer pessoa o *direito de se insurgir* contra atos que violentem os direitos universais da pessoa humana".

O Relator, Dep. Darcy Pozza (PDS/RS), emite parecer contrário. No Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Subcomissão dos direitos políticos, dos direitos coletivos e garantias, 25/05/97, pg. 191: "Pretende a Emenda do nobre deputado José Genoíno Neto que a Constituição assegure 'a qualquer pessoa a 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, insurrecionar. Nosso anteprojeto vai ao encontro da preocupação do ilustre de forma abrangente, ao dispor em seu artigo 3º que 'qualquer cidadão' é parte legítima para argüir a inconstitucionalidade de lei ou ato que fira seus direitos; também atenta para a incolumidade da pessoa humana nos artigos 45 e seus parágrafos referentes à tortura. Já 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 é só por uma das formas de manifestação de sua vontade, prevista na Constituição, é lícito assumir,

organizar e exercer o poder. Assim, consideramos que a insurgência alvitada na Emenda em exame não pode prosperar por autorização constitucional. E como temos a mim, constitucional, para a defesa dos direitos universais da pessoa humana, considero prejudicada a emenda".

Votação da Proposta

Após as tratativas regimentais de leitura do parecer, a matéria abre-se para discussão e entra na Ordem do Dia para votação.

Emenda do Sr. José Genoíno "que acrescenta inciso ao art. 9 do projeto de Constituição (art. 4 do Substitutivo no 2). (20ª votação). Diário da Assembléia Constituinte. Ata de Votação do Projeto de Constituição do Senhor relator Bernardo Cabral – 32ª Reunião Extraordinária - dia 27 de janeiro de 1988, pg. 914/915. Ordem do Dia.

O SR. PRESIDENTE (Afonso Arinos) – Em votação o Destaque requerido pelo constituinte José Genoíno. Tem a palavra o Constituinte José Genoíno.

O Sr. Constituinte José Genoíno – sr. presidente, sras. e srs. constituintes, Membros da Comissão de Sistematização: Na parte da manhã, quando subi à tribuna para defender esta emenda, vários constituintes expressaram uma estranheza quando o Presidente da Comissão de Sistematização anunciou o conteúdo, que era exatamente o direito à desobediência civil. Não é o direito à revolução porque a revolução não é um direito, ela se institui enquanto direito, mas é o direito à desobediência civil, quando atos de tirania e de opressão contrariam os valores fundamentais estabelecidos na Declaração de Direitos.

Esses Constituintes estranharam e talvez um observador desta constituinte estranhasse que um Constituinte socialista viesse à tribuna defender os valores de duas Constituições que representaram, na história do capitalismo, o verdadeiro esteio para a elaboração da famosa democracia burguesa. Eu me refiro, Sr. Presidente, à Declaração de Independência dos Estados Unidos, quando a burguesia americana escreveu num texto constitucional as seguintes palavras: "A fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes no consentimento dos governados que sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-lo, ou aboli-lo e instituir um novo governo".

E é novamente uma Declaração de Direitos de 1793, no seu art. 35, que institui a República burguesa francesa, que diz exatamente o seguinte: "Quando o governo viola os direitos do povo, a insurreição é para o povo e para cada porção do povo o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres".

Em 1987 quando estamos aqui estabelecendo uma Constituição que pretende ser democrática, ao falar desse tema, causa estranheza, como se estivéssemos falando algo incomum na história das Constituições de vários países. Não trouxe aqui a Constituição soviética, não trouxe aqui a Constituição Cubana, nem a Nicaragüense, trouxe exatamente a Constituição americana e a Declaração da Constituição francesa.

Sr. Presidente, é necessário que possamos registrar aqui uma questão central: se os princípios fundamentais de nossa Constituição consagram a Soberania dos direitos individuais e coletivos, se consagram a soberania da participação popular, pergunto aos Srs.: no momento em que essa soberania for violada, cabe ou não a quem tem aquele direito se rebelar para garantir um direito

maior? O problema central é o seguinte: qual é o valor maior? O valor maior é o princípio da opressão? Se o valor maior é o princípio da soberania popular, em nome da soberania popular e dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, grupos de cidadãos podem rebelar-se contra a tirania e a opressão quando esses direitos estiverem violados.

Certamente aqui não vamos entrar numa discussão, se podemos garantir, no texto constitucional, a possibilidade de uma revolução ou se vamos garantir no texto constitucional a possibilidade ou a impossibilidade de um golpe militar.

Não se trata disso; trata-se de uma outra questão e a outra questão é exatamente a seguinte: se a democracia política, que consagra certos direitos e certos princípios, deve ser aprofundada e radicalizada no sentido daqueles valores que lhe são superiores ou, então, ficaremos numa situação em que a declaração de princípios, porque não tem conseqüências na medida em que ela não é radical na valorização e na superestimação do princípio da soberania.

Por isso, Sr. Presidente, que a nossa emenda, por mais estranheza que tenha causado nesta Casa, também busca discutir na Assembléia Nacional uma questão, também, que não é nova; e não estou aqui sendo nenhuma espécie rara nesta Casa. Estou trazendo uma discussão que é antiga, que tem guarida teórica, em teólogos cristãos, na teoria política mais avançada, que tem discussão na formulação política dos nossos dias. E mesmo sabendo que esta emenda não passará nesta Comissão nem na Assembléia Nacional Constituinte, é o nosso dever, diante de um prisma histórico, diante de um prisma político, registrar, perante esta Casa e perante a Nação, quais os valores históricos e filosóficos que vieram à tona na elaboração dos artigos, dos Títulos e dos Capítulos do texto constitucional.

Por isso Sr. Presidente, defendendo a emenda que consagra este direito, em nome da Soberania dos Direitos Fundamentais do Indivíduo – Direitos Individuais e Coletivos. (Palmas)

O SR. PRESIDENTE (Afonso Arinos) – Obrigado a V. Ex.^a. Está em votação o destaque da emenda do Constituinte José Genoíno, que acaba de ser defendida pelo seu autor, na tribuna. Em votação. Os Srs. Constituintes que aprovarem a emenda darão resposta positiva e os que tiverem em desacordo darão resposta negativa. Vai proceder à chamada. (Procede-se à votação).
Votaram SIM os seguintes Senhores Constituintes: Abigail Feitosa, Ademir Andrade, Cristina Tavares, Egídio Ferreira Lima, Fernando Lyra, Haroldo Sabóia, José Paulo Bisol, Nelton Friedrich, Paulo Ramos, Sigmaringa Seixas, José Costa, Octávio Elísio, Rose de Freitas, Vicente Bogo, Vilson Souza, Alcení Guerra, Jarbas Passarinho, Brandão Monteiro, José Maurício, Bocayuva Cunha, Joaquim Bevilacqua, Plínio Arruda Sampaio, José Genoíno, Aldo Arantes, Jamil Haddad.
Votaram NÃO os seguintes Senhores Constituintes: Bernardo Cabral, Carlos Sant'ana, Fernando Bezerra Coelho, João Calmon, José Geraldo, Milton Reis, Nelson Carneiro, Nelson Jobim, Nilson Gibson, Pimenta da Veiga, Raimundo Bezerra, Renato Vianna, Severo Gomes, Wilson Martins, Albano Franco, Antonio Mariz, Chagas Rodriguez, Délio Braz, Euclides Scalco, Israel Pinheiro, José Tavares, Marcos Lima, Afonso Arinos, Antonio Carlos Mendes Thame, Carlos Chiarelli, Christóvam Chiaradia, Edme Tavares, Eraldo Tinoco, Inocêncio Oliveira, José Lins, José Santana de Vasconcelos, José Thomaz Nonô, Luis Eduardo, Marcondes Gadelha, Mário Assad, Osvaldo Coelho, Paulo Pimentel, Ricardo

Fiúza, Sandra Cavalcanti, Cleonânncio Fonseca, Enoc Vieira, João Menezes, Jonas Pinheiro, Ricardo Izar, Darcy Pozza, Gerson Peres, Adolfo Oliveira, José Maria Eymael, Roberto Freire e Antonio Farias.

O SR. PRESIDENTE (Afonso Arinos) – A Mesa vai proclamar o resultado: **Votaram SIM 25** Constituintes; **votaram NÃO 50** Constituintes. Total 75 votos. O Destaque foi rejeitado.

Discussões Temática na ANC

Além dos temas referentes ao direito de resistência, como a objeção de consciência, desobediência civil, direito à revolução, recortamos alguns discursos que tratam da importância do pacto constitucional como desfecho do período militar, a reparação moral e jurídica da anistia, do fortalecimento da democracia no interior do Estado de Direito, a opção constituinte em favor dos mais fracos como princípio de igualdade.

Direito de Resistência na Teoria Constitucional

CONSTITUINTE JOSÉ GENOINO (PT/SP), (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. II Comissão de Organização do Estado. Suplementos Atas das Comissões. Vol. 5, 18/06/987, pg. 38) – (...) E a outra questão: a relação do Estado com a *pólis*. Todas as discussões postas aqui o são a partir do Estado, enquanto este que se auto-intitula representante defensor da sociedade. Em que momento a sociedade pode se organizar, pode se defender, ela enquanto este ente próprio, porque a relação Estado e sociedade é uma relação de diferença e, ao mesmo tempo, uma relação de unidade. Talvez os Senhores discordem, mas é uma relação dialética. Essa relação dialética entre *pólis* e Estado tem momentos que a própria sociedade terá que ter autonomia política para se colocar politicamente em relação ao Estado, sob pena de haver um processo de hipertrofia da própria sociedade, da própria *pólis*, porque, independente até da vontade dos homens e dos que estão ocupando o Estado, há uma tendência quase natural de o Estado assumir um papel de relevância, por contingências econômicas históricas. Isso até independente da vontade das pessoas, pelo acúmulo de poderes, pela força que ela acumula. Em que circunstância a sociedade pode ter meios de se autocontrolar e de controlar o próprio Estado? E aí gostaria de fazer referência a isso, para deixar registrado, até para ouvir a opinião de conferencistas, mesmo sabendo que na opinião do Prof. Pedro Figueiredo tem opinião divergente da minha nesse sentido, quando a Constituição americana estabeleceu o famoso direito de resistência, estabelecendo uma fase particular da história americana na luta pela independência. E ao estabelecer aquele direito - e isto tem sido discutido por vários juristas - estabelecem relação a um determinado conceito de valor. Não é o direito de resistência, que é abstrato. Por exemplo - o direito de resistência em relação a valores fundamentais da sociedade. Por exemplo: o direito de resistência, quando os direitos fundamentais do cidadão forem contrariados pelo Estado; o direito de resistência, quando as liberdades fundamentais inscritas na Constituição forem rasgadas. Aí se estabelece o direito enquanto legitimidade, porque aqueles valores que são universais são contrariados. Esse foi o sentido mais avançado da inclusão desse princípio na Constituição Americana, que realmente foi numa fase histórica

particular, porque dois séculos depois, quando a Constituição foi colocada em praça pública, a maioria do povo americano se assustou quando viu aquele princípio. E aqui no Brasil, quando foi exposta em 1976, no bicentenário, ela foi censurada inclusive por isso.

Então, eu acho que é esse mecanismo, em que momento a sociedade pode se organizar para ter sua autonomia em relação ao Estado, na medida em que há uma relação diferente utilidade da sociedade ao Estado. Não sei se ficou clara minha questão sobre isso.

PROF. CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO (PUC/RJ), (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Audiência Pública. Suplementos Atas das comissões. Vol. 2, 27/05/1987, pg. 22) – (...) em minha exposição procurarei cingir-me à questão de soberania interna, que considero não menos relevante do que a soberania internacional. Apresentei ao Presidente Roberto D'Ávila, algumas semanas atrás, uma modesta sugestão, já de todo articulada, sobre o que poderia ser esse capítulo inaugural da Constituição brasileira acompanhado de uma justificativa. S.Ex.^a, após agregar subsídios próprios e muitos doutos, honrou-me por encampar a proposição, que será o tema da minha exposição.

No Art. 1º desta proposta sugeri que adotássemos a redação seguinte: "O Brasil é uma República Federativa livre e independente, constituída sob o regime representativo em um Estado social e democrático".

Ao dizer que o Brasil é uma República Federativa livre e independente, resuscitamos a alocação "livre e independente" utilizada na velha Carta imperial brasileira de 1824 e que, pôr motivos inexplicáveis, e eu diria até mesmo impatriótico, não foi repetida nas constituições republicanas que se seguiram. Lembro também que no Art. 1º procurei dizer que o Brasil é um estado social e democrático de direito. Considero de fundamental importância esta sugestão porque no Brasil nos últimos anos, houve certa paixão, certa idolatria com relação à idéia do Estado de Direito. Os partidos que hoje compõem a Aliança Democrática, a Igreja, ou as igrejas em geral, a Ordem dos advogados enfim, as associações de todas as espécies e matizes comprometidas com o soerguimento democrático do País, propugnaram pela restauração do Estado de Direito.

Por que Estado social e democrático de Direito? Porque esta alocação sugere de forma muito veemente, muito candente, a idéia de que a legalidade estatal deve estar associada aos propósitos do avanço social e democrático. Isto, mais que do que nunca, é necessário em nosso País, na quadra de evolução histórica que estamos a viver. O parágrafo único do Art. 1º da sugestão, entregue à mesa desta Subcomissão, estabelece o seguinte: "A organização nacional fundamenta-se na supremacia da Constituição, na liberdade, na igualdade, no trabalho, na justiça social, na dignidade da pessoa humana, no pluralismo democrático, na legitimidade do poder, na legalidade democrática e na descentralização governamental".

Gostaria de explicar a razão deste elenco de princípios em que se deve radicar a organização nacional. As constituições democráticas da era moderna - sem nenhuma exceção - se pautam em determinados valores axiológicos, princípios de observância obrigatória que servem, quando menos, como fonte para interpretação da Constituição. O Brasil, infelizmente, não tem nenhuma tradição de enunciação de valores éticos na sua Constituição. Salvo, por via oblíqua, em alguns dispositivos esparsos da Constituição, quando por exemplo,

se diz que todo cidadão é parte legítima para propor ação popular contra atos lesivos ao patrimônio público, onde se embute o princípio da moralidade administrativa. Mas realmente, uma articulação consolidada de princípios e valores da organização nacional nunca fizemos em nosso País. Creio ser esta a oportunidade de assim se fazer, como ocorreu na Itália, na França e em Portugal. (...) Este fato no Brasil é muito importante, porque, infelizmente, até mesmo para nosso desafio, é preciso que se crie um profundo sentimento de constitucional em nosso País. (...) Falamos também na legitimidade do poder e na legalidade democrática. Isto pode parecer um preciosismo, mas se reporta a uma distinção importantíssima na teoria constitucional moderna entre legitimidade e legalidade. A legalidade é a conformidade com as leis. Já a legitimidade é o exercício legítimo do poder por quem, investido pelo sufrágio popular, conte com a aprovação do titular da soberania, que é o povo.

Traria à colação a experiência trágica da Alemanha hitlerista, do Terceiro Reich, de Carl Schmitt, que foi o grande teórico constitucional, um dos maiores constitucionalistas do mundo. Sob o influxo daquele regime ditatorial, nos primeiros anos, a Alemanha experimentou um progresso econômico nunca visto, que justificou, de certo modo, aquela ordem autoritária. Carl Schmitt caiu neste engodo, neste equívoco ao equiparar a legitimidade à legalidade. "Toda ordem do Terceiro Reich é legítima porque é legal." Isto permitiu que se cometessem as maiores barbaridades, verdadeiro genocídio contra humanidade a pretexto de uma legitimidade legalista do poder. Então é importante que apartemos a idéia da legitimidade do poder da idéia da legalidade democrática.

Por fim, incluí o princípio da descentralização governamental. A Constituição italiana também adota esse princípio. E isto tem sua razão de ser. Em primeiro lugar, em virtude do gigantismo territorial do nosso Brasil. É importante que haja esse princípio de descentralização de poder em nível federativo. (...) Diz que a concentração de poder é o caminho inexorável para a tirania. Toda vez que o poder se concentra, se enfeixa em mãos de um órgão unipessoal ou de um grupo palaciano reduzido, perde a democracia e desserve ao avanço da sociedade civil.

A experiência recente brasileira nos dá mostra desta realidade. A ditadura militar desde logo procurou alijar os representantes do povo, sediados no Congresso Nacional, e o processo de deliberação política. A iniciativa das leis em matéria econômico-financeira ficou enfeixada nas mãos dos generais-presidentes. Eram impossíveis emendas por parlamentares. Criou-se de forma hiperbolicamente ditatorial a figura do decreto-lei. Não sou contra o decreto-lei enquanto medida legislativa, pois é previsto em Constituições democráticas, mas de uma forma muito bem posta. Refiro-me ao decreto-lei da nossa Constituição que serve para qualquer assunto de interesse relevante do Governo. O que se observa é que houve realmente um esforço muito centrado no sentido de impor esse sistema tecnocrático, militar, burocrático, com exclusão da sociedade civil, com exclusão do Poder Legislativo. A descentralização governamental, se afigurar como princípio da organização nacional, por certo servirá como advertência contra o centralismo que desserve a democracia.

O artigo 2º da minha proposição repete o axioma clássico da soberania popular: "Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido". Não obstante procurei agregar dois parágrafos que seriam novidades na nossa tradição

constitucional em relação a esta norma. O primeiro parágrafo está assim redigido: "Nenhum indivíduo, grupo, órgão ou instituição pode atribuir-se o exercício através de seus representantes, de referendo, de iniciativa popular das leis e da participação e controle dos atos do Estado".

Por que dizer que nenhuma instituição, órgão ou indivíduo pode atribuir-se o exercício da soberania nacional? Esta norma está contida, ressalvadas as diferenças redacionais, na Constituição francesa da Quinta república, de 1958, e por uma razão muito simples. É para que nenhum grupo, como aconteceu no Brasil recentemente, no caso as Forças armadas, possa arvorar-se em ter um estado de cidadania, um estado de brasilidade superior aos demais brasileiros e, considerando-se titular da soberania, querer tutelar a ordem nacional, a pretexto dessa titulariedade privilegiada. A soberania é forçosamente una e indivisível e pertence no seu todo ao povo brasileiro, ao povo de qualquer nação - e só ao povo. Todas as demais instituições são caudatárias deste princípio de soberania popular. As instituições governativas - o Executivo, o Legislativo e o Judiciário - em qualquer agente ou exercente de autoridade pública se reportam, necessariamente, ao titular da soberania, que é o povo brasileiro. Esta norma serve, ou servirá, a meu juízo, como advertência contra esse tipo de usurpação da soberania nacional, usurpação qualitativa ou quantitativa.

Lembro, por exemplo, que na Argentina, no tempo da ditadura militar - em boa hora, restaurada legitimamente por uma eleição presidencial que levou ao poder da casa Rosada um homem do melhor quilate moral, intelectual, o Presidente Alfonsín - as cartilhas militares diziam expressamente que eles eram considerados cidadãos de primeira grandeza e que o povo era, por assim dizer, de segunda categoria, estava na classe turística da cidadania.

Penso também que a soberania popular deve ser exercida através dos representantes do povo, os parlamentares, eleitos através do sufrágio universal direto, de iniciativa popular das leis e da participação e do controle do Estado. Por que referendo? Por que iniciativa popular das leis? Não temos essa tradição no Brasil. Acredito que esta Subcomissão deve colocar a enunciação deste tema, sem a observância de serem disciplinados no capítulo relativo ao Poder Legislativo. Este deve ser um princípio da soberania popular. Considero que determinadas matérias, determinados assuntos, projetos públicos, pela sua magnitude, pela sua transcendência social ou pelo grau de comprometimento do Tesouro Nacional, devem ser oferecidos não apenas pelo representantes do povo reunidos, mas pelo povo mesmo, como se faz na Europa de modo geral.

(...) Proponho também, a iniciativa popular das leis, como faz o projeto Afonso Arinos e a maioria das Constituições européias. É natural que se adote este expediente de democracia semidireta em que a sociedade civil, que deve exercer uma grande participação nos assuntos do estado, possa chamar a atenção dos Congressistas para determinadas questões e submetê-las por via de propostas que terão curso forçado nas Comissões Parlamentares, a fim de que eventualmente possam transformar-se em normas jurídicas.

A questão da participação e do controle popular nos atos do Estado também é mencionada sem prejuízo da sua disciplina nos capítulos específicos da Constituição, como é o caso do direito de representação, da proposição da ação popular, das ações coletivas de um modo geral para a proteção dos direitos difusos relativos à ecologia, à questão dos consumidores e assim por diante.

Esta Subcomissão, no meu modesto entendimento, deve enunciar estes princípios agregando-os à tese da soberania popular.

Por fim o parágrafo 2º desse art. 2º estabelece o seguinte - e essa, realmente, é uma norma que gostaria que merecesse a especial atenção de V. Ex.^{as} - "Todos têm direito de garantir o cumprimento da Constituição e de resistir aos atos de violação da ordem constitucional democrática".

Em outras palavras é o chamado direito político de resistência ou de desobediência civil. Esse é um tipo de direito que normalmente as Constituições não explicitam, mas que é autorizado pela teoria constitucional democrática. As Constituições socialistas, de modo geral, adotam essa formulação. A Constituição portuguesa de 1976 uma constituição moderna, adotou expressamente essa disposição dizendo o seguinte em seu art. 21. "Todos tem o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda seus direitos, liberdades e garantias, e de repelir pela força qualquer agressão quando não seja possível recorrer à autoridade pública".

A velha Constituição francesa de 1793, a chamada Constituição do Ano II, promulgada logo depois da revolução Francesa, também estabelecia o direito de resistência da sociedade contra a opressão. Considero que esta previsão constitucional quando menos servirá de advertência às autoridades constituídas e aos usurpadores de competência institucionais no sentido de que os delizes e desmandos quanto ao cumprimento da Constituição poderão legitimar a reação e a intolerância do povo, único titular originário da soberania. Servirá, realmente, como um grande sinal vermelho da Constituição contra o desmando governamental. Toda vez que a autoridade pública em nosso País deslizar, descurar do seu compromisso de cumprimento à Constituição, o homem comum, o homem da fila do INPS, o homem do guichê de uma repartição pública fazendo valer o seu direito. Quando desmandar for de nível nacional - um golpe político, como aconteceu recentemente em nosso país, por exemplo - e se pretender, estabelecer a ruptura da ordem constitucional, dos direitos e garantias fundamentais do homem e do cidadão, esse dispositivo dará a toda a sociedade, política brasileira o direito, senão o dever, de opor a sua resistência, a sua glosa, o seu basta a essas tentativas de usurpação da soberania popular.

Direitos e Garantias Fundamentais

SR. PRESIDENTE (Antônio Mariz), (Assembléia Nacional Constituinte. Vol. 2, 27/05/1986. pg. 82) – Convido o presidente do Centro de defesa dos Direitos Humanos de Viçosa, Dr. José Antônio Rodrigues Dias. JOSÉ ANTÔNIO RODRIGUES DIAS – (...) É pelo reconhecimento claro e profundo da disposição desta Subcomissão em ouvir as bases que viemos aqui e, antecipadamente, estamos agradecendo essa possibilidade, que realmente expressa a boa intenção que percebemos, em nível de Constituição.

Trouxemos um pequeno documento, que diz alguma coisa sobre determinados itens de violação de direitos humanos, percebidos a partir da base isto é, a partir da luta do dia-a-dia, como disse anteriormente. É evidente que não estamos focalizando o aspecto jurídico-formal, e, principalmente, após ouvirmos tão ilustres personalidades que nos antecederam, hoje e em outras ocasiões, quero dizer a V. Ex.^a que tudo isso são sugestões que se acolhidas, certamente terão o seu trâmite jurídico-formal normal. Dentro dessas quarenta e uma proposições, para ganhar um pouco de tempo, destacaria algumas. Ficarei à

disposição dos Srs. Constituintes para eventuais perguntas sobre qualquer uma delas. Primeiro, chamaria atenção para o item 3 do nosso documento, que reputamos ser de grande valia, e de importância que poderá - quem sabe - pôr fim aos grandes conflitos de invasões: "Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os direitos, liberdades e garantias e de repelir qualquer agressão, inclusive quando proveniente de autoridade pública". (...) E isso está entrelaçado com o item 5, que diz: "A dignidade humana é inviolável e ela são inerentes os seguintes direitos: habilitação, trabalho, alimentação, saúde, educação, transporte e lazer". E, todas as vezes em que a dignidade humana for violada, diz o item 6: "O Estado e demais entidades públicas tem a responsabilidade civil de forma solidária com seus agentes, por ações e omissões praticadas no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, que resultem na violação da dignidade e humana". O item 7 diz: "Consideram-se plenamente responsáveis os agentes do Estado que venham cometer violações de Direitos Humanos, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, inclusive no item anterior". O item 34 se refere ao habeas corpus; "Qualquer pessoa poderá, sem necessidade de mandado, impetrar *habeas corpus*: sempre que ilegalmente sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, expressão ou reunião, mediante autoridade judicial competente. Esta providência também poderá ser tomada por terceiro em nome do interessado". O item 36: "O *habeas corpus* não tem fórmula preestabelecida e poderá ser impetrado verbalmente"- aí está a novidade, porque muitos analfabetos às vezes, não querem impetrá-lo por não saberem redigir, ou redigirem mal, outras vezes são coagidos - "ou por escrito, seja através de petição, carta telegrama ou qualquer outro modo, e deverá ser respondido em vinte e quatro horas, a contar do momento do pedido". O item 39 diz: "Inexistirão foro privilegiado e tribunais de exceção". Entendemos que esse foro privilegiado tem causado, em muitos países e até mesmo no Brasil, a complacência com determinados delitos. Por isso solicitamos essa inclusão. Existe outro nível que eu queria destacar, que se relaciona com o item 20. Entendemos que cada cidadão tem direito a uma propriedade que lhe dê garantia; é um ponto pacífico que defendemos. Exatamente para que cada pessoa possa ter uma propriedade, defendemos esse estímulo de parte do governo.

É evidente que o que apresentamos aqui tem muitas contradições com o que se vê hoje na prática. A nosso ver, uma opção tem de ser feita. Com relação ao direito de reintegração de posse, isso carece de um aprofundamento, de uma discussão maior. O que é a posse, o que ela produz em termos de bem-estar social? O que temos em vista, por exemplo, é a questão muito atual das invasões de terra, principalmente em São Paulo. Dei aquele exemplo em que um favelado - vamos chamar assim, uma pessoa dessas cuja dignidade está sendo violentada tremendamente, cujo direito de habitação está sendo violado, não tendo recursos para poder pagar o seu aluguel, invade uma propriedade. Além disso, a polícia, por exemplo - tivemos casos no jornal, vimos isso à vontade - invade quebra e ainda mata o cidadão. E vem depois uma senhora viúva de um deles, e diz: "O senhor está pensando que não querem o morar no Morumbi? Claro que queremos morar no Morumbi. Só que não cabe a gente". Então fica um problema realmente contraditório entre o que existe atualmente e o que se pretende com a nova Constituição. Dentro desse esquema, é preciso fazer a opção, que, penso, deva ser a opção fundamental, por aqueles que estão despossuídos de tudo.

Hoje, embora haja uma aparente trégua, as violações continuam com outra roupagem, e a sociedade civil, particularmente as classes populares, lutam para uma verdadeira efetivação de suas conquistas e a coibição definitiva dos fins atentatórios à liberdade e à vida. Ponho-me ao dispor, quero dizer que aqui estou falando em nome do Centro de Defesa dos Direitos Humanos de Viçosa e como membro do Movimento Nacional de Defesa dos Direitos Humanos, cuja Comissão está aqui presente *in totum*. São nove elementos, mais três companheiros do Centro de Defesa dos Direitos Humanos de Viçosa.

O SR. PRESIDENTE (Antônio Mariz) – Antes de passar ao próximo debatedor, por considerar essa questão muito importante - se me permitem o Dr. José Antônio e os presentes - gostaria de fazer minha consideração sobre o item 3 da proposta. Esse item coincide, de certa forma, com um dispositivo constitucional em vigor na Constituição portuguesa. É no art. 21 da Constituição portuguesa que tenho aqui, que diz o seguinte: “Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos e liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando seja possível recorrer à autoridade pública”.

O que faz diferentes as duas propostas é que a proposta do Prof. José Antônio não fala em repelir pela força. Admite que a agressão possa vir de autoridade pública, enquanto que, na Constituição Portuguesa, faz-se ressalva “quando não seja possível recorrer à autoridade pública”. Esse direito de resistência, que é de fato, um direito inovador no Direito Constitucional, deve ser visto com muita prudência, porque, evidentemente, é um direito que cabe a todos. E da mesma forma em que o invasor de um terreno, uma propriedade privada definida poderia reagir a uma ordem, à ordem do proprietário, por exemplo, o proprietário poderia resistir à invasão, sem recursos à autoridade pública. Então, é um direito que deve ser definido com muito cuidado e prudência, sob pena de produzir efeitos contraditórios ao que se objetiva. Já a lei civil vigente, o Código Civil, permite a proteção do direito até com esforço físico, em certas circunstâncias. Quer dizer, o Código Penal admite a legítima defesa e o estado de necessidade que seriam versões desse direito de resistência.

Na medida em que o direito é de todos, receio que, na forma proposta, ele fosse também utilizado pelos proprietários dessas áreas invadidas, que resistissem, sem recurso à autoridade pública, ao que seria, na sua ótica, uma violação dos seus direitos, dos direitos de propriedade.

Esta é uma matéria que me parece deva ser de fato aprofundada na Subcomissão, se inclinar pela adoção do direito de resistência, que, sendo inovador, e refletindo posição avançada na visão do legislador português, tem evidentemente, uma intenção de justiça social, mas que, se não formulado em termos adequados poderá reverter-se num instrumento de arbítrio e de violência, justamente dos mais fortes contra os mais fracos. Esta era a observação que desejava fazer, prolongando o debate sobre a questão.

CONSTITUINTE COSTA FERREIRA – Sr. Presidente, V. Ex.^a aborda justamente aquilo que também está previsto no Código Civil - o direito à legítima defesa da propriedade - no caso, não resistindo ao Poder Público. Por exemplo, se alguém chega para invadir sua propriedade, desde que tome a providência imediatamente ele terá o amparo legal. Agora, se deixa passar, terá de recorrer à justiça, através da ação competente para dirimir esse problema.

De modo que, essa parte, principalmente no que concerne à resistência, inclusive quando a ordem vier de autoridade pública, parece que cria uma situação um tanto melindrosa. Talvez vá descambar para uma violência muito grande, porque, se a pessoa que está numa invasão resiste a uma ordem judicial que venha legalmente, aí a situação vai ficar delicada, para quem ela poderá recorrer, pedindo a garantia dos seus direitos? Aí a autoridade do Poder Público é o máximo. Ela vai reagir e fica um pouco difícil. Eu acharia de bom alvitre que fosse realmente usado aquele mesmo diploma legal do Código Civil, que se poderia adaptar para cá, em termos de legítima defesa, de a pessoa no momento exato reagir. Assim como o direito à vida; se uma pessoa vem matar alguém, e essa outra pessoa a mata primeiro, estará amparada pelo instituto da legítima defesa.

O SR. JOSÉ ANTÔNIO RODRIGUES DIAS – Gostaria de fazer uma consideração sobre alguns aspectos. Primeiro, quando se propõe um item como esse, não se tem em mente apenas o problema da invasão de terra. Evidentemente, existem outras formas de agressão que não somente essas. Devemos atê-lo a um problema de opção por quem está sendo oprimido naquele momento. Diria assim: se um indivíduo chega a invadir uma terra, é porque antes, evidentemente, nada conseguiu. Já foi oprimido pela própria sociedade. Quer dizer, a sociedade já o violentou de tal forma que ele não teve outra alternativa, a não ser aquela. Não se trata, aqui, de ferir o direito de propriedade, absolutamente, mas, sim, de ter uma visão diferente, a partir daquele que ali está, que não tem casa para morar. É esse tipo de gente que consideramos. E isso realmente cria um impasse, não o negamos. Agora, a opção é que tem de ser clara: por quem eu quero legislar, por exemplo - desculpem-me penetrar assim no problema. É nesse tipo de situação que temos de verificar os fatos que realmente estão ocorrendo, porque é evidente o direito de propriedade. Qual é o direito que tem o outro, que nada possui e que é também um cidadão, um ser humano?

O SR. PRESIDENTE (Antônio Mariz) – Antes de passar a palavra, eu gostaria de fazer a seguinte ponderação, porque, pelo menos do meu ponto de vista, favoreço a idéia do direito de resistência. Devemos redigi-lo de tal forma, que não se preste a equívocos, que não se preste exatamente ao objetivo contrário à intenção do legislador.

No segundo texto proposto, a resistência poderia ser feita inclusive quando proveniente de autoridade pública. Ora, da mesma forma em que há uma ordem de despejo de uma terra invadida, poderá haver uma ordem de manutenção de posse em favor dos invasores. Nesse caso, o proprietário da terra estaria no direito de resistir à ordem, ou seja a ordem judicial de manutenção de posse dos invasores poderia ser desafiada pelo proprietário da terra. Então, com o mesmo direito de resistência que consignássemos na Constituição, estaríamos legislando contra os nossos objetivos. É esse o aspecto que gostaria de salientar.

É possível dizer que as leis, na ordem capitalista, são sempre a expressão da classe dominante, que elas consubstanciam sempre os interesses da classe dominante. É um ponto de vista perfeitamente defensável doutrinamente. No entanto, nada disso tem a ver com a formulação do chamado direito de resistência. Essa formulação, se não for posta de forma extremamente clara e precisa, poderá reverter contra os interesses da parte mais fraca, exatamente os destituídos de direitos, os despossuídos de direitos na sociedade em que

vivemos. Esse é um ponto que peço que me seja permitido assinalar nessa discussão, a par da questão levantada pelo Constituinte Costa Ferreira, de que, no momento em que se questiona a ordem proveniente de autoridade legítima, na verdade, questiona-se todo o ordenamento jurídico. Mesmo com ressalvas possíveis que acabei de mencionar, de que as leis pudessem ser leis de classe, leis de privilégio, ainda assim, o caos, a ausência, a inexistência de uma ordem jurídica, longe de favorecer a liberdade, a prejudicariam. Isso dentro da moldura de um Estado de direito democrático, evidentemente, que é o que estamos buscando aqui, com a votação, a elaboração de um novo texto constitucional.

O SR. PRESIDENTE (Antônio Mariz) – Vamos intercalar aqui uma interferência de participantes não Constituintes. Tenho uma indagação do Sr. Otávio César da Silva, Administrador de Empresas, Técnico de Planejamento da Companhia Siderúrgica Paulista. A pergunta é esta: Com relação ao item 3, que diz que “todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os direitos, liberdades e garantias e de repelir qualquer agressão, inclusive quando proveniente de autoridade pública, “com referência a esse item, repito, com o qual concordo plenamente, quais seriam os meios que manteriam o seu cumprimento e que julgariam esse direito? Por exemplo, o Poder Judiciário dá direito à reintegração de posse de uma área invadida. Os companheiros que estão na área resistem. Quem lhes garante o direito de resistir e quem julgará se tem direito ou não?

CONSTITUINTE VITOR BUAIZ (PT/ES) – Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 26/08/1987, pg. 4935. (...) ilustres Constituintes, é chegada a hora de uma definição por parte da ANC ou estamos do lado dos opressores que perseguem, torturam e matam nossos companheiros no campo, ou estamos com aqueles que têm direito à posse da terra, *resistem de todas as formas contra a violência e o autoritarismo* e esperam que os Constituintes aprove em plenário o Projeto de Reforma Agrária defendido pelos setores mais democráticos e progressistas desta Nação. Muito obrigada.

CONSTITUINTE CÂNDIDO MENDES (PMDB/RJ), (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Vol. 2, 27/05/1987, pg. 69) – (...) Isso é gentileza de V. Ex.^a. Estou de pleno acordo com a introdução desse terceiro elemento na definição do balanço, que é o essencial para que o direito de resposta não morra. É evidente que o problema da penalização e da responsabilização devem também vir para a Constituição. Fico muito contente - que isso já esteja sendo pensado. Na redação da Comissão Afonso Arinos, a matéria estava ligada ao seguinte: é assegurado o direito de resposta, em prejuízo do processamento da indenização anterior. Porque é preciso também que se dissocie a imediateza, que é a restauração imediata, digamos assim, da idéia de que não é ela apenas que irá eliminar, depois, a composição pecuniária, que é outro problema. A colocação clássica é a seguinte: de que adiantam todas as indenizações do mundo, se a honra é irrecuperável?

Então é evidente que as duas colocações têm que ser definidas para garantir o direito de resposta na atribuição do direito à vida. É preciso que se mostre que, às vezes, o problema da lesão, que dá direito à invocação dessa garantia, não é apenas, como na velha Constituição, no caso da honra, mas é também no direito à imagem, pois essa não se associa à honra. Por exemplo: o Papa Paulo VI, as defendeu numa tese da Comissão Pontifícia - e preparamos o

texto da sua declaração às Nações Unidas, em 1976 - disse-me: "bocejei nas Nações Unidas". Imaginem o que aconteceria se um fotógrafo pegasse o Papa bocejando diante do Plenário mundial. Não era agressão à honra, mas à imagem, porque inclusive ela era verdadeira.

Acontece que era uma imagem que estava em dissonância com o normal dessa figura. E o acidente, pela implacabilidade das mídias, se transformaria num denegrimiento, numa figura menor do que seria sua comunicação. Daí parece-me muito importante o estabelecimento dessa equivalência entre afirmação como direito da imagem e como garantia do direito de resposta. No que se refere ao **linchamento**, o que nos parece é que a matéria dificilmente irá, nesta colocação, encontrar um tratamento técnico dentro dos direitos individuais.

Enfrentamos o problema na Comissão Afonso Arinos, quando discutimos um direito que está na Constituição portuguesa, e que certamente os Srs. Constituintes terão diante de si, que é o chamado direito de resistência. Quer dizer, que capacidade tem a sociedade de fazer justiça com as suas próprias mãos? Esse é outro aspecto dessa colocação. Só uma Constituição moderna chegou, depois de o período de ditadura, a esse ponto de direito de resistência, que inclusive é uma outra grave responsabilidade desta Comissão. Ele será o constitutivo da defesa, por exemplo, dos sem-terra. Pergunta-se: o direito de resistência, permitindo a imediação de determinadas relações de integridade física ou até de inserção num espaço jurídico, pode, de fato, ser compartilhado com o Estado de Direito? Esse é um dos maiores problemas que temos. O problema da comoção instantânea, como resposta ao problema do linchamento, fica nesse aspecto ou ainda ligado ao Código Penal - vejo que há exímios penalistas aqui dentro - ou ao ponto de vista de que a matéria vem para a Constituição.

Não vejo como se pode tratar dessa definição dentro dos Direitos e Garantias Individuais. Qual seria o direito contra o **linchamento**? É difícil articulá-lo dentro do ponto de vista jurídico. Qual seria o direito ao linchamento? Esse direito não existe, mas o mais próximo dele, e no caso, o contrário do que se está aqui querendo defender, seria o direito de resistência ou de imediação, já colocado dentro dessa linha. Eu entendo, portanto, a importância da sua colocação, mas dentro desse outro aspecto. Não vejo o linchamento dentro de um tratamento constitucional. Como problema de defesa incontinente de determinados tipos de manifestação da pessoa, ele tem que ser defendido dentro do quadro de direito de resistência.

Teoria Constitucional e Consciência de Direitos

CONSTITUINTE VIVALDO BARBOSA (PDT/RJ), (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 21/08/1987, pg. 4770) – (...) As Constituições Brasileiras. Das seis Constituições brasileiras três foram impostas pela força e uma delas, a de 1967, foi modificada por uma Emenda imposta em 1969, que ainda mais tornou-a arbitrária. Nos últimos cinquenta anos, tivemos apenas vinte de regime democrático.

CONSTITUINTE FÁBIO FELDMANN (PMDB/SP), (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 29/10/1987, pg. 5539) – (...) Foi dessa forma, Senhor Presidente, que na semana passada criou-se todo um quadro de discriminação e preconceito na maior cidade deste País. Num único episódio, ainda não

encerrado, conseguiu o prefeito desrespeitar vários direitos individuais fundamentais, direitos estes previstos até mesmo na Constituição vigente. Entretanto, não dispomos de instrumentos processuais capazes de garantir o pleno usufruto desses direitos, assim como o de tantos outros. E é devido a essa fragilidade de nossas instituições que, muitas vezes, investidos de alguma autoridade, certos indivíduos sentem-se em condições de violar determinados preceitos legais fundamentais.

Incumbidos, pelo voto popular direto de elaborar as leis básicas que deverão nortear os futuros rumos do Brasil, nós, Constituintes, temos a obrigação de refletir não só acerca desse fato, mas de todos os outros que analogamente convertem para o mesmo ponto: o da necessidade do estabelecimento de dispositivos capazes de salvaguardar a sociedade comum todo dos desmandos que tanto caracterizaram negativamente a História do Brasil. E por falar na História, quantos exemplos nela não encontramos de homens e mulheres que conseguiram, a despeito das discriminações e preconceitos das épocas e lugares em que viveram, impor seu valor como artistas, intelectuais etc., destacando-se entre os demais?

É necessário, portanto, que nossa futura Carta não se limite apenas a elencar os direitos individuais fundamentais, mas que contemple também dispositivos capazes de assegurar o fiel cumprimento do respeito a tais direitos. Mais que isso, é necessário que todos aqueles que venham a violá-los sejam responsabilizados civil e penalmente, pois somente assim poderemos evitar tais transgressões. Neste sentido, podemos claramente ver: a questão ora em pauta transcende os limites do problema das minorias sexuais, na medida em que ela envolve uma abordagem muito mais ampla, que vai desde a questão já levantada dos direitos e garantias individuais à própria discussão em torno da democratização de nossas instituições e da salvaguarda dos interesses coletivos.

Finalmente, Sr. Presidente, como não podemos nós, homens do século XX, contemplar passivamente a essa demonstração de fúria obscurantista, quero registrar meu mais veemente repúdio a esse procedimento completamente incompatível com as aspirações que há muito vêm mobilizando parcelas cada vez mais significativas de homens e mulheres de todo o mundo.

CONSTITUINTE VIVALDO BARBOSA (PDT/RJ), (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 22/08/1987, pg. 22) – (...) Aliás, há proposições que fiz no sentido de se distribuir a Constituição a todos (...) para que o sentimento constitucional seja irradiado, seja forte no País, a tal ponto que seja uma alavanca a mais de resistência, com raízes profundas da consciência nacional a resistir aos vendavais autoritários que têm assolado a História da Pátria.

CONSTITUINTE RUY NEDEL (PMDB/RS), (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 05/08/1987, pg. 64 ss) – (...) Em cima dessa situação, com toda a sinceridade, precisamos de uma Constituição mais ampla, e precisamos não tanto da defesa da Constituição como da defesa que a Constituição dá. Tenho para mim que uma das grandes defesas da Constituição será a defesa que ela vai dar para setores sofridos ou rebeldes da nossa sociedade. E aí vem uma pergunta que tenho repetido: Como V. Ex.^a entende a questão da inconstitucionalidade por omissão, a figura do defensor do povo, e o caminho, um caminho racional, porque isso poderia dar uma sobrecarga de trabalho tão gigantesca que invibilizaria já no primeiro mês de vida, como V. Ex.^a vê um

caminho racional, lógico, competente, objetivo e que dê garantias à Constituição, e mais ainda garantias a setores da sociedade que a Constituição dá.

CONSTITUINTE CÉLIO BORJA (PDC/RJ) – (...) Hoje - me parece - a grande aspiração deste País é de liberdade. É liberdade de fazer, é liberdade de criar, a de crer, a de não crer, a de moldar a sua própria vida. Qualquer coisa que represente uma restrição inútil à liberdade é impopular, não consegue adesão dos espíritos, afasta a maioria. A função da Constituição é organizar a liberdade, e não apenas institucionalizar a autoridade. A autoridade é necessária em qualquer grupo social. O grande problema é organizar a liberdade. Esta é a grande questão. A Constituição portanto, não pode ser indiferente à sociedade. Ela é um instrumento da sociedade, não é um instrumento fundamentalmente do Estado. Pelo contrário, é a sociedade que exige: eu quero organizar assim o Estado; não é o Estado que diz à sociedade: que te quero organizar. Esta é a grande questão. (...) Portanto, a grande tarefa é esta. A Constituição não pode ser um instrumento de dominação do Estado sobre a sociedade. Tem que ser uma tentativa de organizar o Estado e dar à sociedade meios para que ela se afirme e encontre o seu próprio destino. A tentativa de estatizar, formulando em regras jurídicas todo o espectro social, frustrará, a meu ver, também essa aspiração. A grande questão é esta: declaram-se direitos sociais, mas não se dão os instrumentos de realização desses direitos. Por quê ? Não se criam as instituições. Se a tarefa do legislador Constituinte dos séculos XVIII e XIX era apenas organizar o Estado, já não é mais. Seguramente não é uma particularidade nem da França: talvez só dela, mas nem dela, porque todos sabem a terrível insatisfação das novas gerações com o Estado de coisas num país próspero, num país que praticamente assegura a possibilidade da auto-afirmação. É preciso, quando menos, mesclar um pouco do espírito alemão, que é de ver na frente do Estado a sociedade e dar-lhe instituições. É pena que a historiografia brasileira seja tão mesquinha com o Brasil, ou seja, não tenhamos tido tempo, ao longo de 400 anos, de nos debruçar sobre as instituições reais desta sociedade, e de elevá-las a prumo, a tomo político. Se a Constituição nova partir deste ponto de vista, desta óptica, vai dar os meios para que isto venha ocorrer no Brasil.

DEP. RONAN TITO (PMDB/MG) – (...) Eu me felicito por estar aqui e ouvir este conceito. E nos lembrarmos de que a primeira Constituição, se podemos chamá-la de primeira Constituição, nasceu juntamente para limitar o poder do Estado. E depois, com essa evolução de mil duzentos e poucos até hoje, chegamos a esta conclusão. Se nós todos nesta Constituinte concluirmos isto em fatos, de que a nossa função é de organizar a liberdade, valeu a pena viver e estar aqui para dar esta contribuição.

(Audiência Pública). SR. MÁRCIO THOMAZ BASTOS (OAB/CF) (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 05/08/1987, pg. 84) – (...) É fundamental para que se pense na construção de um regime democrático que se aceite que o regime democrático se fundamenta sob o signo profundo da contradição, do conflito de interesses, das lutas, das divergências. E o que nós temos hoje, em vigor no Brasil, a Carta de 1969, tem exatamente o contrário disso. (...) De modo que é extremamente importante que este Congresso Constituinte se dê conta, como se deu, de que tem que fazer uma Constituição aberta, uma Constituição que procure captar a densidade e a espessura da realidade brasileira com toda a complexidade que existe. Acreditamos que esta Constituição para a qual

esperamos caminhar, e temos a certeza de que estamos caminhando, vai lançar as bases e os fundamentos para a construção de um regime democrático no Brasil. (...) É preciso que esses instrumentos estejam presentes dentro da Constituição, e é preciso que eles estejam fora da Constituição de modo que se tenha um órgão ao qual se possa bater para ser cumprida e não nasça como um leque de normas programáticas, que simplesmente acalmem e aplaquem as nossas consciências de cidadãos e de humanistas, é essa Corte Constitucional.

CONSTITUINTE ADEMIR ANDRADE (PMDB/PA), (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 17/09/1987, pg. 5236) – (...) Eu soube, ontem, que esses garimpeiros estão fazendo uma greve. Parece que nessa greve eles iriam fechar estradas e, quiçá, até fechar ferrovia dos Carajás. Tenho que dizer, Sr. Presidente, Srs. constituintes, que esses garimpeiros são massacrados por um governo absolutamente irresponsável e insensível. E seja qual for a atitude que eles tomarem, seja qual for essa atitude, acho que eles têm toda razão. Eles estarão no seu direito e contarão com minha absoluta e integral solidariedade. Tomem que atitude tomarem, por mais drástica que possa ser essa atitude, porque este governo só escuta na base da pressão, para usar o termo chulo e popular, este Governo só atende na base da porrada!

E se os garimpeiros decidirem assim agir, se for preciso, eu irei lá, no meio deles, para ajudá-los em sua luta e para enfrentar, junto com eles, qualquer repressão que possa haver, seja de parte de quem for, da Polícia Militar, da Polícia Federal ou até do Exército. E não quero aqui arrotar valentia, não! Mas, causa indignação, causa dor, causa raiva tamanha insensibilidade, tamanho descaso, tamanha irresponsabilidade, tamanha perversidade, tamanha maldade deste Governo contra uma categoria que tanto tem ajudado este País, que tanto tem feito por este País e que não tem recebido absolutamente nada em troca.

Não aceitamos a discussão da Constituição pelo seu tamanho, como se Constituição boa fosse aquela pequena, apenas com enunciados de princípios gerais. A sociedade quer uma Constituição analítica, clara nos seus enunciados, auto-aplicável nos seus princípios, sobre os quais não fiquem dúvidas de interpretação. A Constituição vale pelo seu conteúdo, e será duradoura se refletir a "constituição real" e se trazer caminhos para a construção de uma sociedade mais justa e mais igual. A Constituição deve ser, de fato e de direito, Constituição. A Constituição deve, como diz Bisol, desconstituir a sociedade injusta, autoritária e antidemocrática em que vivemos, e constituir uma Nação nova, onde a liberdade e a democracia não sejam apenas a retórica dos discursos políticos, mas penetrem fundo a realidade social e econômica, sejam direitos de cada cidadão, homem ou mulher, criança, jovem, adulto ou idoso. Para sermos Constituintes, temos que estar imbuídos de uma profunda indignação diante da sociedade miserável e desigual em que vivemos e de repúdio ao processo de crescimento concentrador e excludente que nos levou a ser a 8ª ou a 9ª nação industrial, e 5ª ou 6ª nação de maior concentração de renda do mundo. A miséria de muitos, os salários baixos, a fome, a doença e a ignorância convivem com a riqueza produzida no campo e na cidade, para benefícios de poucos, aqui e no exterior. Para sermos verdadeiros Constituintes, pela denegação de um poder que é desse povo miserável, só há um jeito - o compromisso com as reivindicações populares. Temos consciência de que não basta um bom texto, com belos enunciados de princípios, uma Carta Constitucional perfeitamente

articulada segundo as exigências do Direito Constitucional. É fundamental seu conteúdo. E tão importante quanto o seu conteúdo é o processo político, através do qual o povo se fez participante ativo desse processo. Foram importantes as audiências públicas, as propostas encaminhadas e a participação da sociedade civil organizada, sindicatos, entidades profissionais, dos professores, funcionários, alunos, na elaboração do texto deste projeto que estamos discutindo. Por isso, também, é especialmente importante a mobilização popular que se criou na coleta de assinaturas para as emendas de iniciativa popular, sob a coordenação dos Comitês pró-Participação popular na Constituinte e de entidades como o fórum de Educação, da SBPC, da CNBB, dentre muitas que se articularam para apresentar propostas. Sr. Presidente, Srs. e Sras. Constituintes, este Congresso viveu hoje, há poucos minutos, um dos momentos mais ricos e mais importantes do processo constitucional. Milhares de populares vieram ao Salão Negro e entregaram ao Presidente Ulysses Guimarães emendas populares. Com as suas palavras de ordem, com o seu canto, com a sua alegria, solicitaram que as suas reivindicações sejam atendidas e a Assembléia Constituinte garanta a continuidade da esperança que este povo deposita no trabalho que aqui estamos fazendo.

As emendas populares são, sem a menor dúvida, a característica peculiar mais importante deste processo que estamos vivendo, porque é único - é especialmente único - porque conseguiu levar à prática aquilo que pregamos - a participação popular no processo de se escrever a Constituição. Se foi importante esse momento da entrega coletiva das emendas de iniciativa popular, especialmente importante e não menos emocionante foi o processo pelo qual, em cada canto dos onze dias, em cada cidade, em cada vila, centenas, milhares de pessoas se envolveram no processo de coleta de assinaturas, de discussão de propostas, num processo de mobilização que, tenho certeza, irá além das emendas e da coleta de assinaturas. Nunca o exercício da cidadania se fez de forma tão efetiva.

É este processo de organização da sociedade que irá, de fato, mudar o País. De nada vai adiantar a emenda, de nada vão adiantar os dispositivos que incorporarmos ao texto constitucional se essa mobilização não for a base, não for a origem da organização popular, para fazer cumprir o texto constitucional que estamos escrevendo. Na verdade, estamos incorporando a idéia de que quem faz as leis não são apenas os eleitos, muitas vezes por uma eleição que não representa a verdade popular, e sim também através dessa iniciativa das manifestações populares. Neste aparte, além de concordar inteiramente com V. Ex.^a, manifesto o meu apoio, a minha solidariedade a esse movimento que já chega a mais de cinco milhões de assinaturas. Também faço um apelo a esta Assembléia Nacional Constituinte, especialmente aos membros da Comissão de sistematização, para que permitam ao povo que assinou essas emendas, pelo menos, o direito mínimo de que sejam discutidas e votadas no Plenário: não arquivem essas emendas na Comissão de Sistematização, não arquivem nos escaninhos burocráticos desta Casa; permitam a este povo faminto, desesperado, céptico, que as suas emendas sejam discutidas neste plenário.

Sr. Presidente, Srs. Constituintes, o Projeto Bernardo Cabral tem avanços importantes. São conquistas que precisam ser preservadas. Por exemplo, a definição de mecanismos que permitam ao cidadão e à sociedade cobrar os seus

direitos. No capítulo da Educação é previsto o mandato de injunção, para que cada cidadão possa cobrar o seu direito de uma escola pública, gratuita e de boa qualidade no ensino fundamental. E, mais do que isso, procurarmos garantir no Capítulo da Educação a possibilidade de se mover ação civil pública contra os chefes de Executivo, para garantir vagas nas escolas de Ensino Fundamental, obrigatório para todas as crianças e jovens em idade escolar, na área de sua jurisdição.

Uma outra característica importante do Projeto Bernardo Cabral é a busca de uma maior e mais efetiva participação popular das decisões. "É tarefa fundamental do Estado assegurar a participação organizada do povo na formação das decisões nacionais", diz o texto.

CONSTITUINTE JOÃO GILBERTO LUCAS COELHO (PMDB/RS), (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 21/07/1987, pg. 39) – (...) Eu renovo, apenas, os argumentos que coloquei na exposição. E de que cidadania não é direito individual contra uma comunidade, mas é um engajamento com direitos e responsabilidades dentro de uma comunidade. Não conheço país do mundo em que o cidadão possa alegar os seus direitos individuais para se negar a pagar impostos. Então, o fato de ele ser cidadão, naquele país, já o obriga a pagar impostos. A constituição brasileira diz que o cidadão que se negar a prestar o serviço militar perde a cidadania. Só pode alegar convicções religiosas. Então, parece-me que o voto é um dever intrínseco da cidadania. A cidadania não é um gesto de egoísmo, é um gesto de interação numa comunidade. Ele tem até o direito de votar em branco, hoje, no País, ele tem até penas para de não votar como ele tem penas para o fato de não prestar serviço militar, como ele tem penas para não arrecadar em dia seus impostos. Parece-me que dever e direito se integram na construção de cada direito. Todo o direito tem um dever que está ligado à sua própria realização, se não nós teríamos milhões de direitos individuais que não funcionariam, porque, no coletivo, eles não se ajustariam. A todo direito significa um dever que está ligado à própria essência desse direito, porque, se não, a pessoa que está ao meu lado ou próxima de mim ou distante de mim, não terá o mesmo direito que eu tenho. Então, por isto, eu sou pelo voto obrigatório.

BRIGADEIRO JOSÉ ELISANDE BAYER DE BARROS, (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Audiência Pública. 24/07/1987, pg. 80) – (...) Sobre o serviço militar, farei uma pergunta, que talvez seja até de legislação ordinária. Tenho sido procurado por esses grupos interessados, por alguns grupos que, por questões religiosas, éticas etc., põem em dúvida a obrigação de prestar o serviço militar. Fui procurado por um grupo, que já marcou hora comigo hoje, que vou tentar espremer nesta agenda, são os menortas do Rio Grande do Sul, brasileiros de origem alemã, que tem como base da sua religião a proibição de matar, sob qualquer circunstância, e se recusam a prestar o serviço militar.

Temos visto de vez em quando na História do País, e recentemente, "n" decretos do Presidente da República cassando a cidadania desses brasileiros, que perdem os direitos políticos por uma questão de convicções religiosas, que não querem ou não podem prestar o serviço militar. Como temos os sabatistas, que me parece que o Exército, a Marinha e a Aeronáutica já têm uma forma de aliviar o trabalho nos sábados. Imagino um sabatista, por exemplo, comandante de máquinas de um submarino, quando dá sexta-feira, 12 horas e 1 minuto, ele

abandona a máquina e outro suboficial dele, por azar, está doente, com uma infecção intestinal, como é que se vai fazer? Temos que compor essas situações específicas, porque são situações específicas, porque são situações de fato.

Gostaria de pedir o concurso dos companheiros da Comissão, dos Srs. Oficiais-Generais, dos Assessores que nos prestigiam sempre com suas presenças, para que encontrássemos uma forma de evitar que essas convicções religiosas levem, inexoravelmente, à perda da cidadania. Por exemplo, se eles prestassem serviço militar em atividades auxiliares: enfermeiros, mecânicos. Em qualquer atividade, em qualquer circunstância, até num *front*, se não quiser matar o inimigo, que ele morre, até o problema é dele, mas que ele esteja ali na retaguarda. É excessivamente drástico cassar-se a cidadania de uma pessoa pelo fato de suas convicções religiosas. Nós todos, como homens inteligentes, e nesta hora tentando melhorar o ordenamento jurídico, temos que ter essa abertura democrática para esse contingente de brasileiros - e devemos respeitar todas as tendências -, a democracia é exatamente de senso, não de consenso. Temos que conviver com todas as opiniões, e o problema nosso não é de alijar o Exército de aumentar o papel do exército.

Anistia e Reparação de Direitos

CONSTITUINTE LYSÂNEAS MACIEL (PDT/RJ), (Diário da Assembléia Constituinte. 10/09/1987, pg. 5168) – (...) O engano deste parlamento e o grande engano da época da ditadura foi não nos considerarmos atingidos por esses episódios. Somos responsáveis por todo ato que diz respeito aos direitos humanos, como também somos responsáveis por Paulo Wright, por Honestino Guimarães, por aquele rapaz amarrado e arrastado por um jipe antes de ser assassinado, o que foi denunciado até pela suprema Corte de Nova Iorque. Somos também responsáveis pelos coronéis Ustra e Burnier e por esses que são contra a concessão da anistia neste momento, alegando não ser possível a sua reintegração na sociedade. Como aceitar isso se eles são patriotas e provaram não estar envolvidos em nenhuma conspiração militar maior para derrubar o governo? Estão apenas querendo que a Nação volte a reconhecer que um dia eles lutaram ao lado da lei pela democracia e pela legalidade. Coincidentemente, Sr. Presidente, Srs. Constituintes, ocorre algo mais grave: aqueles lutaram contra a lei, contra o Presidente da República como no caso de Juscelino Kubitschek - foram anistiados, plenamente e até receberam em dólares quando estavam no Exterior.

E o Ministro do Exército - ao invés de deixar isso a cargo do Ministro do Planejamento tem o desprate de dizer que, se esta Assembléia Nacional Constituinte vier a aprovar a anistia, ele não a cumprirá. Em qualquer País democrata, S. Ex.^a não seria mais Ministro; seria punido e, possivelmente, encarcerado. Por isso que os coronéis Ustras da vida vão marchando pelas ruas de Brasília, a favor das forças mais reacionárias. Por isso cria-se um clima de dificuldade ao entendimento. A volta desses homens, conforme esse documento que aqui está e que gerará a tranquilidade, a concórdia neste período de transição, porque na verdade, todos foram punidos em consequência do juramento que fizeram à Bandeira Nacional. Opuseram-se ao movimento militar, que depôs um governo civil legitimamente eleito, e agiram de acordo com a Constituição vigente, que se sublevaram, não pegaram em armas para depor um

governo, não rasgaram as leis nem os regulamentos militares, mas permaneceram ao lado da legalidade. Insurgiram-se isso sim, contra os que representavam a subversão da ordem tanto política quanto jurídica. E esses homens que foram punidos jamais puderam recorrer à justiça. Chamo a atenção para este fato porque uma das conquistas das Subcomissões, e que agora pretendem eliminar, é aquela que permite ao Judiciário apreciar os atos cometidos ilegalmente por um governo que usurpou o poder legítimo àquela época. Então, esta reintegração, esta anistia ampla, geral e irrestrita é a proposta deste documento que vai engrandecer esta Assembléia Nacional Constituinte. E há boa vontade, pois não há propósitos financeiros, de revanche miúda. O que esses homens querem é o reconhecimento de que são patriotas, de que lutaram pela grandeza do País. Muitos deles gozam até de situação econômica bastante satisfatória. O que querem, repito, é o reconhecimento de que um dia lutaram por este País e, mais do que isso, pretendem continuar a luta pelo engrandecimento, pela libertação e pela implantação de uma verdadeira democracia, justa e pluralista, neste País. Muito Obrigado. (Palmas.)

CONSTITUINTE LYSÂNEAS MACIEL (PDT/RJ), (Diário da Assembléia Constituinte. 21/08/1987, pg. 4767) – (...) Anistia aos que juraram, mantiveram fidelidade ao juramento que um dia fizeram à bandeira nacional, de respeitar a lei, de respeitar os desígnios e a soberania da Pátria. A estes é que eles querem negar o que deram aos que violaram essas mesmas leis, que rasgaram a bandeira nacional e destruíram o Presidente da República.

CONSTITUINTE AMAURY MÜLLER (PDT/RS), (Diário da Assembléia Constituinte. 21/08/1987, pg. 4766) – (...) A lei nº 6683, de 1969, ironicamente conhecida como Lei da Anistia, não anistiou aqueles que deveriam ser anistiados, as grande vítimas do regime militar e autoritário. Quando, na Legislatura passada, tentamos modificar a Emenda nº 26, que convoca inclusive a Assembléia Nacional Constituinte Congressual, e buscamos embutir no texto, através de emendas, uma constituinte exclusiva e uma anistia ampla, geral e irrestrita, os novos donos do poder, que se acotovelam nos gabinetes ministeriais em busca de benesses e favores, negaram o seu discurso e não quiseram aprovar, não só a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte exclusiva, tal como a sociedade brasileira exigia, mas também uma anistia capaz de reconciliar e pacificar, efetivamente, a família brasileira. Ora, Sr. Presidente, tanto quanto me recordo, o Líder do PMDB, à época, foi capaz de cometer a heresia de afirmar que a tentativa de anistiar e reintegrar nos seus direitos os brasileiros punidos, injusta e violentamente, pela ditadura militar, seria anistiar pederastas. Isto está nos Anais, Sr. Presidente”.

CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE (PCB/PE), (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 21/08/1987, pg. 4747) – (...) A conquista do Estado de Direito democrático passa, necessariamente, pela revogação de todos os atos de exceção e pela limpeza de entulhos autoritários ainda vigentes, pelo respeito ao princípio de igualdade entre os cidadãos e, de forma especial, pela reconciliação nacional, através do instrumento da anistia ampla geral e irrestrita. Quem me ouve pode estar pensando que este é um velho discurso, mas infelizmente, não o é. Ele é bastante atual, pois até agora nem todos foram contemplados nem pela Lei de Anistia de 1979 nem pela emenda nº 26, de 1985.

CONSTITUINTE EDUARDO JORGE (PT/MG), (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 05/10/1987, pg. 2633) – (...) Em 1965, quando a esquerda brasileira atravessava um período de perplexidade e desorientação diante do êxito nefasto do golpe militar de 1964, a personalidade política de Carlos Marighella apresentou-se de forma viva ao povo brasileiro. No Rio de Janeiro, diante da tentativa da polícia política de prendê-lo, ele resistiu, lutando contra ela. Só depois de baleado é que os militares conseguiram levá-lo à prisão. Esse ato, importante e simbólico, teve um peso grande diante da passividade e perplexidade por que passava o povo brasileiro e suas forças políticas naqueles momento. Carlos Mariguella escreveu, logo em seguida, um pequeno livro intitulado *Por que resisti à Prisão*, onde defendia e explicava o seu posicionamento de resistência e dava um tom a uma oposição à ditadura militar, com um conteúdo combativo de resistência ativa à opressão no Brasil. Além da ação e da combatividade que sempre marcaram a atuação política de Carlos Mariguella, é importante frisar também o seu posicionamento e produção teórica. Neste ponto, foi um dos principais líderes da esquerda brasileira, que criticou, de forma radical e profunda, a posição que, por décadas, trouxe a reboque as representações políticas dos trabalhadores brasileiros de uma esperança de que a burguesia nacional poderia cumprir tarefas antilatifundiárias e antiimperialistas em nosso País. Carlos Mariguella, já em 65, 66, 67, desenvolveu uma crítica profunda a esse posicionamento, defendendo a necessidade de uma intervenção radical, independente da classe trabalhadora brasileira, como a única saída estratégica para livrá-la dessa opressão que hoje, neste momento, mais do que nunca se faz presente”.

Segurança do Estado e Direito de Resistência

CONSTITUINTE OTTOMAR PINTO, (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. II Comissão de Organização do Estado. Suplementos Atas das Comissões. Vol. 5, 18/06/987, pg. 39) – Sr. Presidente, Srs. membros da Comissão, Srs. Professores da ESG, repetir qual é o conceito de Segurança Nacional, que foi explicitado. É a garantia, em grau variável, proporcionada à Nação, principalmente pelo Estado. Estado no todo - é Executivo é legislativo, é Judiciário. Não significa que seja previamente pelo Executivo. Talvez, a iniciativa, em maior grau, destas ações, seja tomada pelo Executivo, porque realmente a ele incumbe, ele é um poder de prontidão, de maior responsabilidade, pela ação propriamente dita, e não ação legislativa. Por meio de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares, vai superando antagonismos de pressões, conquistando ou mantendo os objetivos nacionais permanentes. Como foi mencionado aqui, pelos expositores da ESG, um tópico colocado pelo constituinte José Genoíno, de que era possível, era viável a desobediência civil, como instrumento de defesa da sociedade, contra o arbítrio eventual do Estado, que é apenas um fragmento dessa sociedade, um gerente escolhido pela sociedade para bem administrar os seus, eu pediria ao Professor Pedro esclarecer, tendo em vista que o assunto foi colocado, ou se insere no âmbito da exposição que ele fez nesta reunião.

O SR. PEDRO FIGUEIREDO - Eu gostaria de encadear as duas colocações feitas, inicialmente pelo constituinte José Genoíno, a respeito do direito político de resistência e, agora, pelo nosso debatedor, em relação ao

problema da desobediência civil. Em relação ao direito político de resistência, preferimos ficar com a corrente que entende que esse é um direito natural e que não se resolve juridicamente. Na verdade, quando se invoca o direito político de resistência é porque o Estado já se tornou opressivo e, portanto, já deixou de ser um estado de direito, ou seja, as Constituições e as leis já estão sendo rompidas de alguma forma. Se o Estado não deixou de ser um estado de direito, ele continua a ter aquele chamado direito à autodefesa, quer dizer, se o Estado continua com as características de Estado democrático, continua a subsistir o direito à autodefesa. Mesmo com reconhecimento do **direito político de resistência** para derrubar uma ditadura e implantar outra - essa é a posição. Na verdade ele é um direito natural. Em relação à desobediência civil, já estamos em outro patamar. Na verdade, a desobediência civil não se caracterizaria, vamos dizer assim, por uma rebeldia em relação ao conjunto do ordenamento jurídico, mas a resistência em relação a determinados pontos do ordenamento jurídico, e ela se caracteriza exatamente pela submissão ao ordenamento jurídico, de maneira protestativa, digamos assim. Ela não se faz com violência; ao contrário, há essa característica de não violência, que marca uma diferença muito grande em relação ao direito político de resistência clássico, que é o direito à revolução, que entendemos como um direito natural. Na verdade, o que se quer é que os conflitos dentro do estado de direito sejam resolvidos através de mecanismos previstos pelo Estado. A democracia se caracteriza justamente como um regime em que os fins se põem com clareza, os conflitos podem ser expressados com clareza e ela busca construir os mecanismos de solução de conflito, ela busca institucionalizar os mecanismos de solução de conflitos. Esses mecanismos citados não são mecanismos institucionalizados e nem devem sê-lo. Eles são mecanismos de natureza, digamos, natural e podem ser reconhecidos, *ex post*, por uma decisão política, mas não como mecanismo institucional da democracia. A democracia tem outros recursos, outros mecanismos para compor os conflitos, para superar os conflitos, para administrar os conflitos.

Equilíbrio Sociedade e Estado

CONSTITUINTE PAULO DELGADO (PT/MG), (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 24/09/1987, pg. 5307) – (...) O domínio da coisa pública é diferente da direção da coisa pública. Controlar a máquina do Estado tem sido, na história recente do Brasil, uma forma de não dirigir essa máquina, ou dirigi-la contra as liberdades individuais, contra os interesses coletivos. O projeto de Constituição merece críticas do meu partido, porque nele o elo mais fraco é o **povo**. A soberania popular está mais mutilada, não se manifesta e não aparece como sujeito da ação política; é um objeto da ação política e, com isto, não se altera a qualidade da emersão do povo em nossa história, a qualidade do poder e do Governo do País.

CONSTITUINTE LYSÂNEAS MACIEL (PDT/RJ), (Diário da Assembléia Constituinte. 03/09/1987, pg. 5140) – (...) Então é preciso chamar a atenção para esta configuração incômoda em que se transformaram as Forças Armadas hoje. O excesso de poder, a possibilidade de coerção e o abuso de autoridade são tão corriqueiros que sua posição é, além de antidemocrática, uma ameaça constante aos avanços possíveis da Constituinte. Conforme Hélio Peregrino, em artigo do Jornal do Brasil do dia 29-6-87, chama com acuidade a atenção para este fato:

(...) "Quanto à segurança nacional, é preciso repetir que não se dará através de reforço do orçamento das Forças Armadas". Construimos submarinos nucleares, Sr. Presidente, construimos agora um AMX. Construimos vários tipos de armamento num País que vive miseravelmente com 40 milhões de pessoas em estado de miséria absoluta; mas o que é preciso é construir um programa de desenvolvimento que implique distribuição de justiça e oportunidades. Logo, precisamos retirar de nossas cabeças - para conseguir elaborar uma Constituição digna e equilibrada - a incômoda, ilegal e anticonstitucional intervenção militar. (...) Rui Moreira Lima um cidadão humilhado pelo regime militar, um cidadão que até para ir ao banheiro era obrigado a fazê-lo sob a ponta de baionetas, simplesmente, porque pretendia defender interesses legítimos da nação brasileira. Dizia o pai desse cidadão: "Sê patriota verdadeiro e não te esqueças de que a força somente deve ser empregada a serviço do Direito. O povo desarmado- um civil falando para um militar, ele era cadete nessa época". O povo desarmado merece o respeito das Forças Armadas. Estas não devem esquecer que é este povo que deve inspirá-las nos momentos graves e decisivos. Nos momentos de loucura coletiva deve ser prudente, não atendendo contra a vida dos teus concidadãos. O soldado não pode ser covarde e nem fanfarrão. A honra é para um imperativo e nunca deve ser mal compreendida. O soldado não conspira contra as instituições pelas quais jurou fidelidade. Se o fizer, trai os seus companheiros e pode desgraçar a Nação.

CONSTITUINTE JESUALDO CAVALCANTI (PFL/PE), (Diário da Assembléia Nacional Constituinte. 23/08/1987, pg. 4874) – (...) Para democratizar o Estado e submetê-lo ao sopro libertário dos novos tempos, mandou para esta Constituinte, em esmagadora maioria, os candidatos que repeliram o regime militar, em nome, justamente, da necessidade e urgência dessas mudanças. Não há como negar, a nação fez a sua parte. E espera, impaciente, que façamos a nossa. (...) Para ser exato, a falta de confiança do povo na ação de seus homens públicos, não interessando a qual poder porventura pertençam. E esse descrédito cresce à medida que se ampliam os canais de acesso à informação, que a sociedade toma consciência de seus direitos e que se fortalecem os meios de vigilância e atuação das instituições civis. Em verdade, este é um fato novo, promissor, na vida recente de nosso País: o surgimento, com toda força, do poder da sociedade civil e suas entidades representativas, sem compromissos incondicionais com qualquer dos três poderes tradicionais do Estado e dispostas a fazer valer os direitos de cidadania. Descrente dos partidos e cansado de sua omissão, o povo formou o seu próprio partido - o Partido do Cidadão. (...) Entendo ser este o ponto fundamental das mudanças que nos cabe empreender no campo político institucional: dar conteúdo prático a maior, à mais singela criação da ciência política, em todos os tempos, que é a clássica dos poderes do Estado. Torná-la efetiva implica introduzir, no texto constitucional, freios e contrapesos que, sem prejuízo da celeridade nas decisões, estabeleçam o real equilíbrio, harmonia e independência entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, de modo que cada um possa cumprir o seu papel, dentro do sistema, sem superposições ou hipertrofias.

Na dinâmica da sociedade moderna, marcada pela velocidade das transformações, não há lugar para o Estado amorfo, indolente, insensível, lerdo. As novas realidades que o progresso científico e tecnológico está a detonar, a

todo o momento, em mutações rápidas e sucessivas, exigem que o Executivo repila os escaninhos da burocracia cartorial; que o legislativo não se perca nas contradições de interesses partidários ilegítimos; e que o judiciário não continue tão cego a ponto de jamais acertar o endereço dos criminosos de alto coturno, os chamados "colarinhos brancos".

ANEXO IV - ATOS INSTITUCIONAIS

Transcrevemos abaixo os Atos Institucionais, conforme publicação oficial⁽⁴¹⁰⁾.

Ato Institucional n° 01

À Nação

É indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução.

A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz não o interesse e a vontade de um grupo, mas interesse e a vontade da Nação.

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas, sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes em Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, destina-se a assegurar ao novo governo a ser instituído os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio Internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe.

O presente Ato Institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela

⁴¹⁰ ATOS INSTITUCIONAIS - 1 a 6. Brasília: Serviço Gráfico do Senado Federal, 1969.

revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo, como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional.

Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.

Em nome da revolução vitoriosa, e no intuito de consolidar a sua vitória, de maneira a assegurar a realização dos seus objetivos e garantir ao País um governo capaz de atender aos anseios do povo brasileiro, o Comando Supremo da Revolução, representado pelos Comandantes em Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica,

Resolve editar o seguinte

ATO INSTITUCIONAL Nº 01

Art. 1º. São mantidas a Constituição de 1948 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato.

Art. 2º. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República, cujos mandatos terminarão em trinta e um (31) de janeiro de 1966, será realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, dentro de dois (2) dias a contar deste Ato, em sessão pública e votação nominal.

§ 1º. Se não for obtido o *quorum* na primeira votação, outra se realizará, no mesmo dia, sendo considerado eleito quem obtiver maioria simples de votos; no caso de empate, prosseguir-se-á na votação até que um dos candidatos obtenha essa maioria.

§ 2º. Para a eleição regulada neste artigo, não haverá inegibilidades.

Art. 3º. O Presidente da República poderá remeter ao Congresso Nacional projetos de emenda da Constituição.

Parágrafo único - Os projetos de emenda constitucional, enviados pelo Presidente da República, serão apreciados em reunião do Congresso Nacional, dentro de trinta (30) dias, a contar do seu recebimento, em duas sessões, com o intervalo máximo de dez (10) dias e serão considerados aprovados quando obtiverem, em ambas as votações, a maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso.

Art. 4º. O Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria, os quais deverão ser apreciados dentro de trinta (30) dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal; caso contrário, serão tidos como aprovados.

Parágrafo único - O Presidente da República, se julgar urgente a medida, poderá solicitar que a apreciação do projeto se faça, em trinta (30) dias, em sessão conjunta do Congresso Nacional, na forma prevista neste artigo.

Art. 5º. Caberá, privativamente, ao Presidente da República, a iniciativa dos projetos de lei que criem ou aumentem a despesa pública; não serão admitidas, a esses projetos, em qualquer das Casas do Congresso Nacional, emendas que aumentem a despesa proposta pelo Presidente da República.

Art. 6º. O Presidente da República, em qualquer dos casos previstos na Constituição, poderá decretar o estado de sítio, ou prorrogá-lo, pelo prazo máximo de trinta (30) dias; o seu ato será submetido ao Congresso Nacional, acompanhado de justificação, dentro de quarenta e oito (48) horas.

Art. 7º. Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade.

§ 1º. Mediante investigação sumária, no prazo fixado no artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou, ainda, com vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, por decreto do Presidente da República ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do Governador do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos.

§ 2º. Ficam sujeitos às mesmas sanções os servidores municipais. Neste caso, a sanção prevista no § 1º. lhes será aplicada por decreto do Governador do Estado, mediante proposta do Prefeito Municipal.

§ 3º. Do ato que atingir servidor estadual ou municipal vitalício, caberá recurso para o Presidente da República.

§ 4º. O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que os motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade.

Art. 8º. Os inquéritos e processos visando à apuração da responsabilidade pela prática de crime contra o Estado ou seu patrimônio e a ordem política e social ou de atos de guerra revolucionária poderão ser instaurados individual ou coletivamente.

Art. 9º. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República, que tomarão posse em 31 de janeiro de 1966, será realizada em 3 de outubro de 1965.

Art. 10 - No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes em Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos.

Parágrafo único - Empossado o Presidente da República, este, por indicação do Conselho de Segurança Nacional, dentro de sessenta (60) dias, poderá praticar os atos previstos neste artigo.

Art. 11 - O presente Ato vigora desde a sua data até 31 de janeiro de 1986, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, GB, 9 de abril de 1964. – General de Exército Arthur da Costa e Silva - Tenente-Brigadeiro Francisco de Assis Correia de Mello - Vice-Almirante Augusto Hamann Rademaker Grünewald.

Ato Institucional n° 02

À NAÇÃO

A Revolução é um movimento que veio da inspiração do povo brasileiro para atender às suas aspirações mais legítimas: erradicar uma situação e um governo que afundavam o País na corrupção e na subversão.

No preâmbulo do Ato que iniciou a institucionalização do movimento de 31 de março de 1964, foi dito que o que houve e continuará a haver, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, mas também na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução. E frisou-se que:

a) ela se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que traduz não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação;

b) a Revolução investe-se, por isso, no exercício do Poder Constituinte, legitimando-se por si mesma;

c) edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória, pois, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representa o Povo e em seu nome exerce o Poder Constituinte de que o Povo é o único titular.

Não se disse que a Revolução foi, mas que é e continuará. Assim, o seu Poder Constituinte não se exauriu, tanto é ele próprio do processo revolucionário que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos. Acentuou-se, pôr isso, no esquema daqueles conceitos, traduzindo uma realidade Incontestável de Direito Público, o poder institucionalizante de que a Revolução é dotada para fazer vingar os princípios em nome dos quais a Nação se levantou contra a situação anterior.

A autolimitação que a Revolução se impôs no Ato Institucional de 9 de abril de 1964 não significa, portanto, que, tendo poderes para limitar-se, se tenha negado a si mesmo por essa limitação, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento. Por isso, declarou-se, textualmente, que "os processos constitucionais não funcionaram para destituir o Governo que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País", mas se acrescentou, desde logo, que, destituído pela Revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo Governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País".

A Revolução está viva e não retrocede. Tem promovido reformas e vai continuar a empreendê-las, insistindo patrioticamente em seus propósitos de recuperação econômica, financeira, política e moral do Brasil. Para isto precisa de tranqüilidade. Agitadores de vários matizes e elementos da situação eliminada teimam, entretanto, em se valer do fato de haver ela reduzido a curto tempo o seu período de indispensável restrição a certas garantias constitucionais, e já

ameaçam e desafiam a própria ordem revolucionária, precisamente no momento em que esta, atenta aos problemas administrativos, procura colocar o povo na prática e na disciplina do exercício democrático. Democracia supõe liberdade, mas não exclui responsabilidade nem importa em licença para contrariar a própria vocação política da Nação. Não se pode desconstituir a Revolução, implantada para restabelecer a paz, promover o bem-estar do povo e preservar a honra nacional.

Assim, o Presidente da República, na condição de Chefe do Governo Revolucionário e Comandante Supremo das Forças Armadas, coesas na manutenção dos Ideais revolucionários,

Considerando que o País precisa de tranqüilidade para o trabalho em prol do seu desenvolvimento econômico e do bem-estar do Povo, e que não pode haver paz sem autoridade, que é também condição essencial da ordem,

Considerando que o Poder Constituinte da Revolução lhe é intrínseco, não apenas para institucionalizá-la, mas para assegurar a continuidade da obra a que se propôs,

Resolve editar o seguinte

ATO INSTITUCIONAL Nº 02

Art. 1º. A Constituição de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas emendas são mantidas, com as modificações constantes deste Ato.

Art. 2º. A Constituição poderá ser emendada por iniciativa:

I - dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - das Assembléias Legislativas dos Estados.

§ 1º. Considerar-se-á proposta a emenda, se for apresentada pela quarta parte, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, por mensagem do Presidente da República, ou por mais da metade das Assembléias Legislativas dos Estados, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria dos seus membros.

§ 2º. Dar-se-á por aceita a emenda que for aprovada em dois turnos, na mesma sessão legislativa, por maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

§ 3º. Aprovada numa, a emenda será logo enviada à outra Câmara, para sua deliberação.

Art. 3º. Cabe à Câmara dos Deputados e ao Presidente da República a iniciativa dos projetos de lei sobre matéria financeira.

Art. 4º. Ressalvada a competência da Câmara dos Deputados e do Senado e dos Tribunais Federais, no que concerne aos respectivos serviços administrativos, compete, exclusivamente, ao Presidente da República a iniciativa das leis que criem cargos, funções ou empregos públicos, aumentem vencimentos ou a despesa pública e disponham sobre a fixação das Forças Armadas.

Parágrafo único - Aos projetos oriundos dessa competência exclusiva do Presidente da República não serão admitidas emendas que aumentem a despesa prevista.

Art. 5º. A discussão dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República começará na Câmara dos Deputados, e sua votação deve estar concluída dentro de 45 dias, a contar do seu recebimento.

§1º. Findo esse prazo, sem deliberação, o projeto passará ao Senado com a redação originária, e a revisão será discutida e votada num só turno, e deverá ser concluída no Senado Federal dentro de 45 dias. Esgotado o prazo, sem deliberação, considerar-se-á aprovado o texto como proveio da Câmara dos Deputados.

§ 2º. A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados se processará no prazo de dez dias, decorrido o qual serão tidas como aprovadas.

§ 3º. O Presidente da República, se julgar urgente a medida, poderá solicitar que a apreciação do projeto se faça em 30 dias, em sessão conjunta do Congresso Nacional, na forma prevista neste artigo.

§ 4º. Se julgar, por outro lado, que o projeto, não sendo urgente, merece maior debate, pela extensão do seu texto, solicitará que a sua apreciação se faça em prazo maior, para as duas Casas do Congresso.

Art. 6º. - Os artigos 94, 98, 103 e 105 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 94 - O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:

- I - Supremo Tribunal Federal;
- II - Tribunal Federal de Recursos e juízes federais;
- III - Tribunais e juízes militares;
- IV - Tribunais e juízes eleitorais;
- V - Tribunais e juízes do trabalho".

"Art. 98 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis ministros.

Parágrafo único - O Tribunal funcionará em Plenário e dividido em três turmas de cinco ministros cada uma".

"Art. 103 - O Tribunal Federal de Recursos, com sede na Capital Federal, compor-se-á de treze juízes nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, oito entre magistrados e cinco entre advogados e membros do ministério Público, todos com os requisitos do art. 99.

Parágrafo único - O Tribunal poderá dividir-se em câmaras ou turmas".

"Art. 105 - Os juízes federais serão nomeados pelo Presidente da República dentre cinco cidadãos indicados na forma da lei pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 1º. Cada Estado ou Território e bem assim o Distrito Federal constituirão de *per si* uma seção judicial, que terá por sede a capital respectiva.

§ 2º. A lei fixará o número de juízes de cada seção, bem como regulará o provimento dos cargos de juízes substitutos, serventuários e funcionários da Justiça.

§ 3º. Aos juízes federais compete processar e julgar em primeira instância:

- a) as causas em que a União ou entidade autárquica federal for interessada como autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência e acidentes de trabalho;
- b) as causas entre Estados estrangeiros e pessoa domiciliada no Brasil;
- c) as causas fundadas em tratado ou em contrato da União com Estado estrangeiro ou com organismo internacional;
- d) as questões de direito marítimo e de navegação, inclusive a aérea;
- e) os crimes políticos e os praticados e bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas, ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;
- f) os crimes que constituem objeto de tratado ou de convenção internacional e os praticados a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;
- g) os crimes contra a organização do trabalho e o exercício do direito de greve;
- h) os *habeas corpus* em matéria criminal de sua competência ou quando a coação provier de autoridade federal não subordinada a órgão superior da Justiça da União;
- i) os mandados de segurança contra ato de autoridade federal, excetuados os casos do art. 101, I, i, e do art. 104. I, b".

Art. 7º. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze juízes vitalícios, com a denominação de Ministros nomeados pelo Presidente da República, dos quais quatro escolhidos dentre os generais efetivos do Exército, três dentre os oficiais-generais efetivos da Armada, três dentre os oficiais-generais efetivos da Aeronáutica e cinco civis.

Parágrafo único - As vagas de ministros togados serão preenchidas por brasileiros natos, maiores de 35 anos de idade, da forma seguinte:

- I - três por cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada, com prática forense de mais de dez anos, da livre escolha do Presidente da República;
- II - duas por auditores e Procurador-Geral da Justiça Militar.

Art. 8º. O § 1º. do art. 108 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação:

“§ 1º. Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares”.

§ 2º. Competem à Justiça Militar, na forma da legislação processual, o processo e julgamento dos crimes previstos na Lei nº 1802, de 5 de janeiro de 1953.

§ 3º. A competência da Justiça Militar no crimes referidos no parágrafo anterior, com as penas aos mesmos atribuídas, prevalecerá sobre qualquer outra estabelecida em leis ordinárias, ainda que tais crimes tenham igual definição nestas leis.

§ 4º. Compete originariamente ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os Governadores de Estado e seus secretários, nos crimes referidos no § 1º, e aos Conselhos de justiça, nos demais casos”.

Art. 9º. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República será realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão pública e votação nominal.

§ 1º. Os Partidos inscreverão os candidatos até 5 dias antes do pleito e, em caso de morte ou impedimento insuperável de qualquer deles, poderão substituí-los até 24 horas antes da eleição.

§ 2º. Se não for obtido o *quorum* na primeira votação, repetir-se-ão os escrutínios até que seja atingido, eliminando-se, sucessivamente, do rol dos candidatos, o que obtiver menor numero de votos.

§ 3º. Limitados a dois candidatos, a eleição se dará mesmo por maioria simples.

Art. 10 - Os Vereadores não perceberão remuneração, seja a que título for.

Art. 11 - Os Deputados das Assembléias Legislativas não podem perceber, a qualquer título, remuneração superior a dois terços da que percebem os Deputados Federais.

Art. 12 - A última alínea do § 5º. do art. 141 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação: "Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe".

Art. 13 - O Presidente da República poderá decretar o estado de sítio ou prorrogá-lo pelo prazo máximo de cento e oitenta dias, para prevenir ou reprimir a subversão da ordem interna.

Parágrafo único - O ato que decretar o estado de sítio estabelecerá as normas a que deverá obedecer a sua execução e indicará as garantias constitucionais que continuarão em vigor.

Art. 14 - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo.

Parágrafo único - Ouvido o Conselho de Segurança nacional, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos, removidos ou dispensados, ou, ainda, com os vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, desde que demonstrem incompatibilidade com os objetivos da Revolução.

Art. 15 - No interesse de preservar e consolidar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadão pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único - Aos membros dos legislativos federal, estaduais e municipais que tiverem seus mandatos cassados não serão dados substitutos, determinando-se o quorum parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidas.

Art. 16 - A suspensão de direitos políticos, com base neste Ato e no art. 10 e seu parágrafo único do Ato Institucional de 9 de abril de 1964, além do disposto no art. 337 do Código Eleitoral e no art. 6º da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, acarreta simultaneamente:

I - a cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;

II - a suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;

III - a proibição de atividade ou manifestação sobre, assunto de natureza política;

IV - a aplicação, quando necessária à preservação da ordem política e social, das seguintes medidas de segurança:

- a) liberdade vigiada;
- b) proibição de freqüentar determinados lugares;
- c) domicílio determinado.

Art. 17 - Além dos casos previstos na Constituição Federal, o Presidente da República poderá decretar e fazer cumprir a intervenção federal nos Estados, por prazo determinado:

- I - para assegurar a execução da lei federal;
- II - para prevenir ou reprimir a subversão da ordem.

Parágrafo único - A intervenção decretada nos termos deste artigo será, sem prejuízo da sua execução, submetida à aprovação do Congresso Nacional.

Art. 18 - Ficam extintos os atuais partidos políticos e cancelados os respectivos registros.

Parágrafo único - Para a organização dos novos partidos são mantidas as exigências da Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965, e suas modificações.

Art. 19 - Ficam excluídos da apreciação judicial:

I - os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste;

II - as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos, o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores, a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação deste Ato.

Art. 20 - O provimento inicial dos cargos da Justiça Federal far-se-á pelo Presidente da República dentre brasileiros de saber jurídico e reputação ilibada.

Art. 21 - Os projetos de emenda constitucional, enviados pelo Presidente da República, serão apreciados em reunião do Congresso Nacional, dentro de trinta (30) dias, e serão considerados aprovados quando obtiverem, em ambas as votações, a maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso.

Art. 22 - Somente poderão ser criados Municípios novos depois de feita prova cabal de sua viabilidade econômico-financeira, perante a Assembléia Legislativa.

Art. 23 - Constitui crime de responsabilidade contra a probidade na administração a aplicação irregular, pelos Prefeitos, da cota do Imposto de Renda atribuída aos Municípios pela União, cabendo a iniciativa da ação penal ao Ministério Público ou a um terço dos membros da Câmara Municipal.

Art. 24 - O julgamento nos processos instaurados segundo a Lei nº 2.083, de 12 de novembro de 1953, compete ao juiz de direito que houver dirigido a instrução do processo.

Parágrafo único - A prescrição da ação penal relativa aos delitos constantes dessa Lei ocorrerá dois anos após a data da publicação incriminada, e a da condenação, no dobro do prazo em que for fixada.

Art. 25 - Fica estabelecido, a partir desta data, o princípio da paridade na remuneração dos servidores dos três Poderes da República, não admitida, de forma alguma, a correção monetária como privilégio de qualquer grupo ou categoria.

Art. 26 - A primeira eleição para Presidente e Vice-Presidente da República será realizada em data a ser fixada pelo Presidente da República e comunicada

ao Congresso Nacional, a qual não poderá ultrapassar o dia 3 de outubro de 1966.

Parágrafo único - Para essa eleição, o atual Presidente da República é inelegível.

Art. 27 - Ficam sem objeto os projetos de emendas e de lei enviados ao Congresso Nacional que envolvam matéria disciplinada, no todo ou em parte, pelo presente Ato.

Art. 28 - Os atuais Vereadores podem continuar a perceber remuneração até o fim do mandato, em quantia, porém, nunca superior à metade da que percebem os Deputados do Estado respectivo.

Art. 29 - Incorpora-se definitivamente à Constituição Federal o disposto nos arts. 2º a 12 do presente Ato. O Presidente da República poderá baixar atos complementares do presente, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional.

Art. 31 - A decretação do recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores pode ser objeto de ato complementar do Presidente da República, em estado de sítio ou fora dele.

Parágrafo único - Decretado o recesso parlamentar, o Poder executivo correspondente fica autorizado a legislar mediante decretos-leis, em todas as matérias previstas na Constituição e na Lei Orgânica.

Art. 32 - As normas dos arts. 3º, 4º, 5º e 25 deste Ato são extensivas aos Estados da Federação.

Parágrafo único - Para os fins deste artigo, as Assembléias emendarão as respectivas Constituições, no prazo de sessenta dias, findo o qual aquelas normas passarão, no que couber, a vigorar automaticamente nos Estados.

Art. 33 - O presente Ato Institucional vigora desde a sua publicação até 15 de março de 1967, revogadas as disposições constitucionais ou legais em contrário.

Brasília, 27 de outubro de 1965; 144º da Independência e 77º da República. H. CASTELLO BRANCO - Juracy Montenegro Magalhães - Paulo Bosísio - Arthur da Costa e Silva - Vasco Leitão da Cunha - Eduardo Gomes.

Ato Institucional nº 05

O Presidente da República Federativa do Brasil, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e

Considerando que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna do prestígio internacional da nossa Pátria" (Preâmbulo do Ato Institucional Nº 1, de 9 de abril de 1964);

Considerando que o Governo da República, responsável pela execução daqueles objetivos e pela ordem e segurança internas, não só pode permitir que pessoas ou grupos anti-revolucionários contra ela trabalhem, tramem ou ajam, sob pena de estar faltando a compromissos que assumiu com o povo brasileiro, bem como porque o Poder Revolucionário, ao editar o Ato Institucional nº 2, afirmou, categoricamente, que "não se disse que a Revolução foi, mas que é e continuará" e, portanto, o processo revolucionário em desenvolvimento não pode ser detido;

Considerando que esse mesmo Poder Revolucionário, exercido pelo Presidente da República, ao convocar o Congresso Nacional para discutir, votar e promulgar a nova Constituição, estabeleceu que esta, além de representar "a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução", deveria "assegurar a continuidade da obra revolucionária" (Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966);

Considerando, no entanto, que atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os instrumentos jurídicos, que a Revolução vitoriosa outorgou à Nação para sua defesa, desenvolvimento e bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la;

Considerando que, assim, se torna imperiosa a adoção de medidas que impeçam sejam frustrados os ideais superiores da Revolução preservando a ordem, a segurança, a tranqüilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do País comprometidos por processos subversivos e de guerra revolucionária;

Considerando que todos esses fatos perturbadores da ordem são contrários aos ideais e à consolidação do Movimento de março de 1964, obrigando os que por ele se responsabilizaram e juraram defendê-lo a adotarem as providências necessárias, que evitem sua destruição,

Resolve editar o seguinte

Art. 1º. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais, com as modificações constantes deste Ato Institucional.

Art. 2º. O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sitio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar, quando convocados pelo Presidente da República.

§ 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar, em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei orgânica dos Municípios.

§ 2º - Durante o período de recesso, os Senadores, os Deputados federais, estaduais, e os Vereadores- só perceberão a parte fixa de seus subsídios.

§ 3º - Em caso de recesso da Câmara Municipal, a fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios que não possuam Tribunal de Contas será exercida pelo do respectivo Estado, estendendo sua ação às funções de auditoria, julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis, por bens e valores públicos.

Art. 3º. O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição.

Parágrafo único - Os interventores nos Estados e Municípios serão nomeados pelo Presidente da República e exercerão todas as funções e atribuições que caibam, respectivamente, aos Governadores ou prefeitos gozarão, das prerrogativas, vencimentos e vantagens fixadas em lei.

Art. 4º. No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único - Aos membros dos legislativos federal, estaduais e Municipais, que tiverem seus mandatos cassados, não serão dados substitutivos, determinando-se o *quorum* parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos.

Art. 5º. A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa simultaneamente, em :

- I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;
- II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;
- III - proibição de atividades ou manifestações sobre assunto de natureza política;
- IV - aplicação, quando necessário, das seguintes medidas de segurança:
 - a) liberdade vigiada;
 - b) proibição de freqüentar determinados lugares;
 - c) domicílio determinado.

§ 1º - O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados.

§ 2º.- As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário.

Art. 6º. Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.

§ 1º - O Presidente da República poderá, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos ou vantagens proporcionais ao tempo de serviço

§ 2º - O disposto neste artigo e § 1º aplica-se, também, nos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

Art. 7º. O Presidente da República, em qualquer dos casos previstos na Constituição, poderá decretar o estado de sítio e prorrogá-lo, fixando o respectivo prazo.

Art. 8º. O Presidente da República poderá após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública. inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Parágrafo único - Provada a legitimidade da aquisição dos bens, far-se-á a sua restituição.

Art. 9º. O Presidente da República poderá baixar Atos Complementares para a execução deste Ato Institucional, bem como adotar, se necessário à defesa da Revolução, as medidas previstas nas alíneas d e e do § 2º, do artigo 152 da Constituição.

Art. 10 - Fica suspensa a garantia de *habeas corpus* em casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Art. 12 - O presente Ato Institucional entra em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 13 de dezembro de 1968; 147º da Independência e 80º da República - A. COSTA E SILVA - Luís Antônio da Gama e Silva - Augusto Hamann Rademaker Grunewald - Aurélio de Lyra Tavares - José de Magalhães Pinto - Antônio Delfim Netto - Mário David Andreazza - Ivo Arzua Pereira - Tarso Dutra - Jarbas G. Passarinho - Márcio de Souza Mello - Leonel Miranda - José Costa Cavalcanti - Edmundo de Macedo Soares - Hélio Beltrão - Afonso A. Lima - Carlos F. de Simas.

Ato Institucional nº 06

O Presidente da República, considerando que, como decorre do Ato Institucional Nº 5, de 13 de dezembro de 1968, a Revolução brasileira reafirmou não se haver exaurido o seu poder constituinte, cuja ação continuará, em toda sua plenitude, para atingir os ideais superiores do movimento revolucionário e consolidar a sua obra;

Considerando que, como órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal é uma instituição de ordem constitucional, recebendo da Lei Maior, devidamente definidas, sua estrutura, atribuições e competência;

Considerando haver o governo, que ainda detém o poder constituinte, admitido, por conveniência da própria justiça, a necessidade de modificar a composição e de alterar a competência do Supremo Tribunal Federal, visando a fortalecer sua posição de corte eminentemente constitucional e, reduzindo-lhes os encargos, facilitar o exercício de suas atribuições;

Considerando que as pessoas atingidas pelas sanções políticas e administrativas do processo revolucionário devem ter igualdade de tratamento sob o Império das normas institucionais e demais regras legais delas decorrentes,

Resolve editar o seguinte

ATO INSTITUCIONAL Nº 06

Art. 1º. Os dispositivos da Constituição de 24 de janeiro de adiante Indicados, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 113. O Supremo Tribunal Federal, com sede na capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze (11) Ministros.

§ 1º - Os Ministros serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros natos, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - Os Ministros serão, nos crimes de responsabilidade, processados e Julgados pelo Senado Federal".

"Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal (...)

II - Julgar, em recurso ordinário:

- a) Os *habeas corpus* decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais locais ou Federais, quando denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário;
- b) as causas em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada ou residente no País;
- c) os casos previstos no art. 122, § 2º.

III - Julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a Tratado ou Lei Federal;
- b) declarar a inconstitucionalidade de Tratado ou Lei Federal;
- c) julgar válidos Lei ou Ato do Governo local, contestado em face da Constituição ou de Lei Federal;
- d) dar à Lei Federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal".

Art. 122 - À Justiça Militar compete processar e julgar nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhados.

§ 1º. Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as Instituições militares.

§ 2º. Compete, originariamente, ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários, nos crimes referidos no parágrafo primeiro.

§ 3º. A lei regulará a aplicação das penas da legislação militar em tempo de guerra".

Art. 2º. As disposições do art. 5º e seus §§ 1º e 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, aplicam-se às pessoas punidas com fundamento no art. 10 e seu parágrafo único, do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, ou no art. 15 do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965.

Art. 3º. Ficam ratificadas as emendas constitucionais feitas por Atos Complementares subseqüentes ao Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

Art. 4º. Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos. — — —

Art. 5º. O presente Ato Institucional entra em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 1º de fevereiro de 1969; 148º da Independência e 81º da República. - A. COSTA E SILVA - Luís Antônio da Gama e Silva - Augusto Hamann Rademaker Grünewald - Aurélio de Lyra Tavares - José de Magalhães Pinto - Antônio Delfim Netto - Mário David Andreazza - Ivo Arzua Pereira - Tarso Dutra - Jarbas G. Passarinho - Márcio de Souza e Mello - Leonel Miranda - Antônio Dias Leite Júnior - Edmundo de Macedo Soares - Hélio Beltrão - José Costa Cavalcanti - Carlos F. de Simas - DOU nº 23, de 3-2-69, pg. 1.121.

ANEXO V - A RESISTÊNCIA PARLAMENTAR APÓS 1964

A transcrição abaixo foi extraída da obra "A resistência parlamentar após 1964", da pesquisadora Ana Lúcia Brandão⁽⁴¹¹⁾.

Processo Márcio Moreira Alves

"No dia 3 de setembro de 1968, faz pronunciamento na Câmara dos Deputados conclamando à não participação nas festividades da Independência. No dia 9 o Ministro da Justiça, Luiz Antônio da Gama e Silva trata do pedido de licença para processar o Deputado alegando que seu discurso fora injurioso às forças Armadas.

A Câmara, por tradição, não tem por hábito aprovar pedidos de licença para processo e os líderes no Congresso advertem ao Governo que poderá haver negativa. O Poder Legislativo se vê entre a desmoralização pública, se conceder a licença, e a resistência, sujeita a conseqüências.

O Governo, em crise, convive com críticas à política econômica. A insegurança reinante no País é analisada tanto na Câmara como no Senado por deputados de ambos os partidos (ARENA e MDB). Na Câmara, os parlamentares consideram o processo contra Márcio Moreira Alves como invasor do instituto da inviolabilidade (artigo 34 da Constituição de 1967). visto que a palavra foi usada da tribuna e é considerada como livre manifestação inerente ao cargo. Alguns deputados se manifestam a favor de Márcio Moreira Alves e o MDB se propõe a resistir. No Senado há pronunciamento contra a licença, pois sua concessão pode proporcionar o fim da liberdade de opinião do Poder Legislativo.

O Ministro Aliomar Baleeiro é o relator da representação contra o Deputado no Supremo Tribunal Federal. Em entrevista à imprensa, Márcio Moreira Alves diz que a crise é do regime, no qual a repressão policial e o terrorismo de direita semeiam a intranqüilidade. Conclama as Forças Armadas a voltarem às suas funções específicas. Na Câmara faz pronunciamento sobre a inviolabilidade do mandato dizendo-a absoluta, com responsabilidade apenas perante o Legislativo, excluindo a intervenção de outros poderes no Parlamento.

No dia 18, Márcio Moreira Alves apresenta sua defesa à Comissão de Justiça e diz ter feito ataques apenas aos militaristas, não aos militares como um todo, campanha esta iniciada através da publicação de livro de sua autoria contra grupos determinados, intitulado *Torturas e Torturados*; explica que o grupo de militaristas, mesmo reformados, continua no poder através de cargos em empresas de economia mista, com vantagens de acumulação de salários; lamenta deturpações que sofrem seus pronunciamentos na representação do Ministro do Exército e justifica sua acusação a grupo de torturadores apenas para zelar pela integridade dos cidadãos brasileiros, não atentando contra a ordem

⁴¹¹ BRANDÃO, Ana Lúcia. *A resistência parlamentar após 1964*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1984.

democrática. Denuncia ainda planos de implantação de uma ditadura militarista que usa grupos terroristas de extrema direita, dando oportunidade para que surjam outros de extrema esquerda, contra o progresso da Nação. Para isso, atentam contra o Congresso Nacional, atacando a inviolabilidade e imunidade parlamentares.

No dia 12, às 15 horas o resultado é anunciado pelo Presidente José Bonifácio: 216 votos contra a concessão da licença, 141 a favor e 12 em branco. Ocorre uma diferença, contra o Governo, de 75 votos, causando enorme surpresa. Por decisão soberana da Câmara e por maioria absoluta, está arquivado o ofício do Supremo Tribunal Federal pedindo licença para processar um deputado. É a afirmação do Poder Legislativo contra as pressões de um Executivo forte e armado. Dentre os políticos, a repercussão é de que o Legislativo foi preservado e reabilitado perante a opinião pública, lucrando a democracia. Continua entre eles a crença de que o Governo acatará o resultado e que não virão medidas repressoras. E comentado o pronunciamento do deputado processado como afirmativo, porém humilde. No dia 13, os poucos jornais que trazem notícias sobre o caso Moreira Alves são apreendidos".

NOTA EM TEMPO: O Dep. José Bonifácio de Andrada, então Presidente da Câmara dos Deputados retirou dos arquivos as notas taquigráficas da sessão que, portanto, não foram publicadas pelo Diário do Congresso, e entregou-as a uma pesquisadora, sua conterrânea mineira, Ana Lúcia Brandão. Imaginava o então Presidente, que, com esse gesto de ocultação histórica, agradaria os militares. Felizmente, a pesquisadora devolveu as notas ao Arquivo da Câmara vinte oito anos mais tarde (ano 2000). Foi com base nessas notas que foi possível reconstituir um momento de grandeza da Câmara dos Deputados, que ora transformado em vídeo com o correto nome *O dia que não existiu*.

Reforma do Judiciário

"Dia 16 de abril de 1974 o General Presidente Ernesto Geisel visita o Supremo Tribunal Federal e ouve do Ministro Eloy da Rocha considerações sobre as precárias condições da justiça no País. Pede um estudo da matéria visando uma reforma substancial do Poder Judiciário. Consultas são feitas às justiças especial e comum; elaboradas estatísticas; coletadas informações e sugestões; consideradas contribuições das universidades, associações de classe, magistrados e advogados sob a supervisão do próprio Ministro Eloy da Rocha. Em 16 de novembro de 1976, divulga-se o anteprojeto, que é enviado ao Congresso pelo Poder Executivo, através do Ministro da Justiça, Armando Falcão. São muitos os pontos controvertidos

O MDB apresenta substitutivo com pontos bastante controversos. A oposição justifica o substitutivo e lembra o agravamento da crise no Supremo com novas e difíceis funções contidas na Reforma. Defende a criação do Tribunal de Justiça, em substituição ao Tribunal Federal de Recursos. Em março, o líder da ARENA no Senado, Eurico Resende, interpreta posição do Governo e afirma ser o Ato Institucional nº 5 (artigo 182 da Constituição) intocável. Recusa portanto a pretensão da oposição para a emenda que devolve as prerrogativas à magistratura e *habeas corpus* a presos políticos. A Ordem dos Advogados do

Brasil, seccional São Paulo, apresenta os pontos negativos da Reforma entre eles os que atentam contra a independência dos Poderes; e a criação do Conselho Nacional da Magistratura, que fere formalmente o princípio federativo. A mesma seccional solicita o restabelecimento do estado de direito, com a revogação do artigo 182 da Constituição (Ato Institucional n° 5) e condena a falta de debate amplo de Reforma, impedido pelo sigilo dado ao projeto, conhecido que foi só depois de enviado ao Congresso.

O Governo decide não abrir mão das disposições, mesmo que parciais, do Ato Institucional n° 5 (artigo 182 da Constituição), vetando as exigências básicas do MDB. No Senado, a bancada oposicionista cede, mas na Câmara ela resiste. No dia 24, o Diretório do MDB se reúne durante quase quatro horas e fecha a questão, por unanimidade, contra a aprovação do projeto do Governo sobre a Reforma, com a ressalva de reconsideração caso haja alguma reformulação. Durante a reunião, o líder na Câmara, Alencar Furtado chama a atenção para a insatisfação de diversos setores da sociedade com os rumos tomados pelo movimento de 1964, ressaltando, principalmente, a vigilância policial do regime brasileiro. O Deputado Tancredo Neves procura convencer seus companheiros a evitar um confronto com o Governo expressando sua opinião sobre o momento delicado que vive o Congresso e a Nação e prevendo reações da opinião pública. Entretanto, é decisivo o pronunciamento do Senador Paulo Brossard, que sustenta a tese de que o projeto governamental não atende às necessidades do Poder Judiciário e da impossibilidade de emendar uma Constituição inexistente, porque o Ato Institucional n° 5, é a Lei Maior.

No dia 30, é efetuada a votação, com o resultado de 231 votos a favor e 157 pela rejeição. Para ser aprovada, a matéria teria que contar com 283 votos favoráveis. No dia 1 de abril, sexta-feira, às 29 horas, o General Presidente, após decisão tomada em reunião com o Conselho de Segurança Nacional, usa uma cadeia de rádio e televisão. Comunica ao País que, através de Ato Complementar n° 102, decreta o recesso do Congresso Nacional, por prazo indeterminado, para implantar reformas que o Governo julga necessárias. Para isso, usa o artigo 182 da Constituição (Ato Institucional n° 5) e adquire poderes legislativos, visto que uma "ditadura minoritária" no Congresso apresentara reivindicações que nada tinham a ver com o diagnóstico do Supremo Tribunal Federal para a Reforma Judiciária e obrigara a seus parlamentares a votar contra o projeto de emenda constitucional elaborado pelo Executivo, sob pena de perda do mandato. O parágrafo único do artigo 152 da Constituição fora colocado na Carta Magna para assegurar ao Governo a aprovação de suas proposições pela totalidade de parlamentares de seu partido (fidelidade partidária).

Já reaberto, o Congresso Nacional vive uma situação política extremamente modificada. Em outubro, por ocasião do sesquicentenário dos Cursos Jurídicos no Brasil, a Faculdade de Direito de São Paulo faz publicar uma "Carta aos Brasileiros" pedindo a volta dos valores humanos e do estado de direito, com assinatura de juízes e advogados de todos os Estados da Federação. O Coronel José Maria Toledo Camargo, Assessor de Imprensa da Presidência da República, declara que o Governo não pretende responder à Carta dos Juízes e advogados brasileiros porque ela é manifestação conseqüente do levantamento da censura à imprensa, vigente desde dezembro de 1968, com o Ato Institucional n° 5 (Jornal do Brasil, 9-8-77, pg. 17)".

Conclusão

"Decorridos 20 anos do golpe civil-militar que derrubou o Presidente João Goulart, o País passa por período de estagnação econômica e de conflitos político-sociais imensos. A ausência de oportunidade de debater e opinar faz com que uma campanha nacional tenha por objetivo a eleição direta do Presidente da República.

Em tramitação na Câmara desde o início da 47ª Legislatura, a emenda constitucional de autoria do Deputado Dante de Oliveira é a via a seguir pela sociedade brasileira em seu desejo claro de participação. O povo brasileiro vai às praças públicas, protestar pacificamente e dá provas de sua insatisfação com o governo desde 1964.

Mas o sistema técnico-burocrático militar dominante não aceita ceder o poder através de meios legítimos. Dizendo-se defensor da democracia, propõe 'reformas e mudanças' que em sua essência nada mais são do que formas de conservá-lo na direção do País.

O Comando Militar do Planalto, executor dessas medidas, pode proibir manifestações, prender, invadir domicílios, cercear reuniões e censurar meios de comunicação. É a tentativa desesperada de isolar Brasília das reivindicações legítimas de um povo que quer sua administração mudada para tentar sair de uma recessão de conseqüências sociais imensas.

Depois das magníficas resistências registradas em 1966, 1968, 1977 e 1981, o parlamento, oprimido, censurado e cercado por milhares comandados pelo General Newton Cruz, não reage e se omite. É o divórcio entre o povo brasileiro e seus representantes, tanto desejado por muitos realizadores do golpe de março de 1964.

Essa sucessão de golpes não resulta de tendências atávicas ou de alguma maldição histórica - simplesmente reflete uma incapacidade prática da sociedade brasileira de resolver seus impasses históricos com idéias e sem baionetas. Vinte anos depois de 1964, tem-se uma surpresa olhando-se tanto para os palácios quanto para as ruas coalhadas de multidões em busca do sufrágio universal: joga-se com muitas alternativas para se sair da crise, mas não há nenhum grupo claramente identificado com uma solução golpista. Ou seja, pela primeira vez, em quase um século, o Brasil ameaça sair de um regime sem golpe. Nesse caso, terá ocorrido em 1964 aquela revolução com que sonhava o coronel Aureliano Buendía, personagem de *Cem Anos de Solidão*: a revolução que acaba com as revoluções".

ANEXO VI - RESISTÊNCIA NA POLÔNIA E NA IUGOSLÁVIA

Além das Resistência Francesa e Italiana outras nações na Europa resistiram contra a ocupação do exército alemão, como veremos, brevemente, as resistências da Polônia e da Iugoslávia.

Resistência na Polônia

Há na Polônia dois grande registros históricos de resistência na Segunda Grande Guerra: uma, a resistência polonesa contra a ocupação alemã⁽⁴¹²⁾; e a outra, o levante de judeus contra os alemães⁽⁴¹³⁾, descrito na obra de Israel Gutman⁽⁴¹⁴⁾, como veremos alguns extratos a seguir:

"O Levante foi literalmente uma revolução na história judaica. O ato de resistência judaica durante o Holocausto, Levante do Gueto de Varsóvia, em abril de 1943, foi um acontecimento de proporções épicas, opondo poucos judeus escassamente armados ao poderio da potência nazista. O Levante tornou-se um símbolo universal de resistência e coragem.

Os comandantes do Levante eram homens moços, entre vinte e trinta anos, sionistas, comunistas, socialistas – idealistas com apenas poucas armas e munição limitada, eles sabiam que não tinham a menor chance de sucesso. Por não haver escolha, o desespero logo deu lugar a uma firme determinação de resistência. Todos os judeus deveriam estar preparados para resistir. Os

⁴¹² Em 1º de agosto de 1944, começou o levante organizado: uma operação militar chamada de Tempestade em Varsóvia, comandada pelo general Tadeusz Komorowski, líder do Exército da Pátria, maior organização polonesa da resistência. A operação que tentou libertar a Polônia da ocupação alemã, mas não tinha apoio unânime do Governo polonês no exílio em Londres, mas o momento parecia propício. De um lado, o Exército soviético encontrava-se às portas de Varsóvia, pronto para uma ofensiva final. De outro, os alemães estavam evacuando da cidade os civis. Mas o Exército soviético recebeu ordens não só para silenciar seus canhões e paralisar os caças como para impedir a entrada de tropas polonesas que se deslocaram para a cidade com o objetivo de ajudar o Exército da Pátria. Após dois meses de luta, os esgotados poloneses se renderam. Cerca de 200 mil pessoas morreram em Varsóvia, 90% das quais civis.

⁴¹³ Em janeiro de 1943, os judeus poloneses do Gueto de Varsóvia fizeram seu primeiro levante armado contra as tropas de ocupação alemãs. Desde a invasão, em 1939, a população de inicialmente meio milhão de judeus vivia confinada numa pequena área de Varsóvia e era de tempos em tempos reduzida por incursões das tropas nazistas, que despachavam homens, mulheres e crianças para o campo de extermínio de Treblinka. Nesse primeiro ato de resistência armada, mil judeus morreram enfrentando soldados alemães que faziam uma incursão ao gueto com o objetivo de levar prisioneiros para o campo de Treblinka. Cinquenta alemães foram mortos pelos revoltosos. No mesmo ano, no Pesach, a Páscoa judaica, em 19 de abril, dois mil soldados alemães chegaram a Varsóvia com a missão de deportar os judeus que ainda restavam no gueto, na época pouco mais de 60 mil. 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. Em 8 de maio, o QG da resistência foi invadido pelos nazistas e os comandantes do Levante de Varsóvia, liderados por Mordechai Anielewicz. Nos oito dias seguintes, o movimento de resistência dos judeus em Varsóvia foi completamente arrasado. Estima-se que o confronto deixou cerca de sete mil judeus mortos e 50 mil deportados.

⁴¹⁴ GUTMAN, Israel. *O levante do gueto de Varsóvia*. trad. A. Lisovski. Rio de Janeiro: Imago-United States Holocaust Memorial Museum. 1995.

incapazes de oferecer resistência ativa deveriam resistir passivamente, se escondendo. O lema era: *Todos prontos para morrer como seres humanos*. A autodefesa judaica no Gueto de Varsóvia tornou-se um fato. A resistência armada e a retaliação judaicas tornaram-se realidade. As notícias de resistência em Varsóvia não poderiam ser escondidas do resto do mundo, atraindo atenção para o infortúnio deles.

Os alemães estariam determinados a prosseguir com o massacre enquanto ele se desenrolasse sem empecilhos. Mas ao se defrontarem com a resistência judaica, eles foram interrompidos. Os combatentes judeus, cheios de renovada esperança, pensaram erroneamente que os nazistas poderiam suspender por completo o extermínio dos judeus restantes.

Cada vez mais confirmaram-se as opiniões de que essa forma de autodefesa judaica traria resultados. Após três dias, os alemães retiraram suas forças do gueto. Nesse momento os que resistiram não eram mais vistos como aventureiros que punham em perigo o resto da população, mas como fiéis guias cuja bravura era a única resposta possível a uma situação insolúvel e inteiramente perdida.

As batalhas tiveram enorme significação política. Esta foi a mais importante expressão de autodefesa organizada nos países ocupados. O Levante em Varsóvia indubitavelmente perturbou as autoridades alemãs, mas não alterou sua atitude para com os judeus e seu processo de extinção. A lição aprendida pelos alemães foi a de prever a possibilidade de oposição armada por parte dos judeus.

A imagem do judeu como homem submisso, passivo e devoto se transformou na do jovem guerreiro. A guerra terminou em maio de 1945. Milhões de pessoas retornaram, de todas as partes da Alemanha, dos campos de concentração e das frentes. Um exército de regressos. O Estado de Israel, ao promulgar a lei do *Yad Vashem*, criou o memorial nacional do Holocausto e da Resistência, e estipulou a data de 27 do mês de *Nissan* como dia comemorativo do aniversário do Levante dos judeus de Varsóvia – o dia recordativo do Holocausto e de seu heroísmo.

Resistência na Iugoslávia

A resistência contra as atrocidades nazistas, no entanto, não se fez com pedras. Os guerrilheiros *partisans*, chefiados pelo líder comunista Josip Broz Tito, filho de um ferreiro croata, saíam de onde menos se esperava, atacavam as guarnições inimigas, matavam os alemães e roubavam armas e equipamentos. Após dois anos de uma luta encarniçada, Tito começou a colher em 1943 sinais claros de vitória contra os invasores – e também contra os seus rivais locais, os nacionalistas sérvios *tchetniks*, organizados em torno de Dragoljub Mihajlovic, que inicialmente se opunham a Hitler, mas àquela altura colaboravam com os nazistas, na esperança de fechar um acordo que restaurasse o antigo regime e promovesse a volta do rei Pedro II, exilado em Londres. Até então sem qualquer ajuda externa, os *partisans*, com a queda de Mussolini e a mudança de lado da Itália, receberam o apoio de divisões inteiras de soldados daquele país. Em setembro de 1943, Winston Churchill enviou uma comissão para conferir de perto “quem estava matando mais alemães” na Iugoslávia. Era o pessoal de Tito, claro – e a Grã-Bretanha passou a apoiá-lo também, no que seria seguida pelos

demais aliados até o fim do ano. Em novembro, Tito, que já controlava metade do país, passou a ter hegemonia territorial. Declarou-se, então, marechal e chefe de estado da Iugoslávia independente.

Aproximava-se o fim de uma longa e bonita história de resistência, iniciada em abril de 1941, quando, após a rebelião de Tito, Hitler deu a ordem implacável: "Ordeno a extirpação da Iugoslávia do mapa com determinação e sem perdão". Foi mais um dos objetivos não-atingidos pelo líder nazista. Em 1943, Tito, que conclamara todas as etnias iugoslavas a lutar "como se fossem um homem só", contava com 26 divisões, 10 brigadas, 108 unidades guerrilheiras, num total de 300.000 combatentes. Ao longo de 1944, já com apoio do Exército Vermelho, os iugoslavos conseguiriam ir varrendo os alemães de seu território.

ANEXO VII - MOVIMENTO DOS SEM-TERRA - MST

O problema fundiário no Brasil é mais um capítulo da agenda negativa marcada pela ineficiência dos programas governamentais em realizar a reforma agrária. O Movimento dos Sem-Terra (MST), surge em 1979, como reação à ineficiência dessas políticas públicas. Surge de forma organizada os conflitos rurais pela posse da terra, que põem em evidência os conceitos de propriedade privada e função social da propriedade⁽⁴¹⁵⁾.

O art. 5º, CF, consagra o direito à propriedade, mas também o direito à vida e à segurança social, econômica e cultural. Nesse contexto, a proteção da propriedade não está acima do princípio da proteção à vida, porque aquela tem que ter a devida função social, permitindo o descumprimento da regra caso não cumpra tal preceito social, assegurando direito a quem luta por ela para sustento próprio e da família. O princípio constitucional de proteção à vida supera, portanto o princípio da propriedade. A garantia constitucional da propriedade existe em função da vida.

O lema do MST, que orienta sua prática, é Ocupar, Resistir e Produzir. Assumindo essa bandeira, é definida a tática das ocupações, da consolidação da posse, tanto em margens de estradas como nas fazendas consideradas improdutivas⁽⁴¹⁶⁾.

Os Sem-terra Vistos de Fora - Ronald Dworkin

"Para um observador estrangeiro, interessado em filosofia política e teoria jurídica, o noticiário jornalístico da Europa e dos Estados Unidos a respeito do Brasil tem atraído a atenção para o chamado Movimento dos Sem Terra (MST). Entre as reflexões suscitadas, há uma que se poderia formular da seguinte maneira: até que ponto esse movimento se justifica como exemplo de "desobediência civil"?

O conceito teórico de desobediência civil refere-se a atos de violação da lei, mas com um tipo especial de motivação moral. Ele foi usado para descrever a ação daqueles que, dando abrigo a escravos fugidos, antes da Guerra Civil norte-americana, se recusaram a entregá-los a seus donos, como exigido pela lei. Mais recentemente, aplicou-se aos atos de manifestantes que ocuparam escritórios do governo ou de universidades, em protesto contra a Guerra do Vietnã ou contra o desenvolvimento do poderio nuclear na Europa.

O movimento brasileiro, ao almejar o assentamento de agricultores pobres, ou sem terra, em propriedades rurais ociosas, sem o consentimento dos donos, levanta questões novas e particularmente complicadas a respeito de como e até que ponto esse motivo, em particular, oferece justificativa moral para que se quebre a lei.

O movimento atraiu grande simpatia, tanto no Brasil quanto no Exterior, porque se aceita largamente que o sistema de distribuição de terras no Brasil é

⁴¹⁵ Vd. ARAUJO, Luis Ernani Bonesso de. *O acesso à terra no Estado Democrático de Direito*. Frederico Westphalen: URI, 1988, 173 ss.

⁴¹⁶ TAVARES, Geovani de Oliveira. O direito fundamental de resistência do Movimento dos Sem-Terra. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pg. 46.

indefensável, tendo concentrado 45% da propriedade nas mãos de 1% da população, negando a vários milhões de agricultores desempregados o mínimo que fosse para cultivar. Mas isso não significa, necessariamente, que tais agricultores estejam legitimados para quebrar a lei e assegurar seus objetivos. Que parâmetros deveriam ser usados para decidir quando a desobediência civil é, de fato, moralmente justificável? Os sem-terra passam pelo teste?

Terrorismo nunca pode ser justificado como desobediência civil, pois um movimento que use a violência contra inocentes, ainda que como meio para fins louváveis, não pode pretender que age em respeito aos direitos humanos. Mas o MST, segundo se tem noticiado, não visa à violência: espera, em princípio, atingir seus objetivos sem o uso da força – e a despeito de uma força terrível ter sido usada contra ele.

Entre muitos filósofos políticos, porém, é bastante difundido o entendimento de que mesmo a desobediência civil não violenta é moralmente inadmissível numa democracia, pois, quando cada cidadão tem voto igual, é injusto que um desrespeite o veredicto da maioria. Segundo essa concepção, é sempre injusto que um grupo tente tomar, por vias não legais, o que não pode obter pelas vias democráticas normais.

Essa visão popular, entretanto, é por demais crua – e o Movimento dos Sem-Terra mostra por quê. Como argumentei em artigo anterior, a verdadeira democracia é mais do que um sistema em que a lei é, meramente, aquilo que representantes eleitos pela maioria decidem. Democracia genuína é participação num processo de autogoverno, em que a lei trata todos os cidadãos com igual respeito e preocupação, de modo que a própria democracia fica em perigo quando qualquer governo, mesmo os escolhidos em eleições justas, falha em corrigir injustiça profunda e manifesta contra um grupo. Nessas circunstâncias, a desobediência civil não é necessariamente errada.

Mas também não é necessariamente certa, porque quebrar a lei não é ato que se justifique, sempre, apenas porque o objetivo é corrigir uma manifesta injustiça. Devemos distinguir entre duas causas que um movimento, agindo na legalidade, poderia ter. Ele poderia tentar apelar à consciência da comunidade como um todo, persuadindo outros a ver e sentir a injustiça. Ou poderia tentar pressionar a comunidade, forçá-la a aceitar suas demandas por medo ou conveniência, e não por um fortalecido senso de justiça. É óbvio que pessoas agem por motivações complexas. Mas suas ações não podem ser justificadas como desobediência civil, a menos que seja plausível supor que elas tenham o primeiro e não o segundo objetivo em vista. Essa é uma suposição plausível no caso dos sem-terra? Isso depende das respostas disponíveis sobre os motivos por que a reforma agrária não progrediu mais no Brasil até agora.

Razões econômicas e estratégicas são, sem dúvida, parte da explicação. Não está claro, nesta era de agricultura altamente tecnológica, se programas tradicionais de redistribuição da propriedade (aquisição da terra de poucos grandes proprietários, dividindo-as entre muito pequenos) resultariam em uso eficiente. Em todo caso, compensar grandes proprietários por sua terra seria caro e a população poderia discordar, de maneira muito razoável, quanto ao montante que deveria ser desviado pelo governo, de outras áreas importantes – como educação, saúde e criação de empregos –, para esse propósito, e quando. Decisões como essas, a respeito das quais diferentes cidadãos têm diferentes

opiniões, e de boa-fé, deveriam ser debatidas e tomadas pelos meios ordinários da política. Seria errado qualquer grupo usar meios ilegais para pressionar a comunidade, contra o honesto julgamento de seus representantes, para favorecer suas demandas.

Mas, sempre de acordo com as informações da imprensa internacional, explicações convincentes sobre os atrasos da reforma agrária no Brasil têm necessariamente de levar em conta um segundo e muito diferente motivo. Uma história de injustiças que criou grande pobreza para milhões de pequenos agricultores, segundo noticiado, também proporcionou poder político vasto e injusto a grandes proprietários, que hoje utilizam esse poder para evitar ou retardar reformas. Caso assim seja, os proprietários, e não os agricultores, estariam travando o julgamento econômico e estratégico da comunidade e o MST poderia alegar, de forma plausível, que não age para aterrorizar o governo, no sentido de se favorecer, mas, ao contrário, para forçar fatias da opinião pública a ouvir sua alegação de ter sido vítima de discriminação injusta e egoísta.

Havendo evidências (como talvez sejam notícias de que agricultores desarmados foram mortos por policiais durante a retirada de assentamentos) para demonstrar que um grupo não é tratado como participante, em igualdade de condições, na aventura política de uma nação, a democracia falhou e, nessa medida, até que mude a atitude do governo, atos não violentos se incluirão na honrada tradição da desobediência civil". (O Estado de São Paulo, 24/05/97, A2, pg. 14)