

**V CONGRESSO NACIONAL DA
FEPODI**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1º Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

A532

Anais do V Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ UFMS

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: FEPODI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-396-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Ética, Ciência e Cultura Jurídica.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ética. 3. Ciência. V Congresso Nacional da FEPODI (5. : 2017 : Campo Grande - MS).

CDU: 34



V CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

Apresentação

Apresentamos os Anais do V Congresso Nacional da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito, uma publicação que reúne artigos criteriosamente selecionados por avaliadores e apresentados no evento que aconteceu em Campo Grande (MS) nos dias 19 e 20 de abril de 2017, com apoio fundamental do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Variadas problemáticas jurídicas foram discutidas durante o evento, com a participação de docentes e discentes de Programas de Pós-Graduação em Direito e áreas afins, representando diversos estados brasileiros. Em seu formato, com espaço para debates no âmbito dos 17 grupos temáticos coordenados por docentes de diversos programas de pós-graduação, o evento buscou estimular a reflexão crítica acerca dos trabalhos apresentados oralmente pelos pesquisadores.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos da FEPODI, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Estamos orgulhosos com a realização do V Congresso da FEPODI e com a possibilidade de oferecer aos pesquisadores de todo o país mais uma publicação científica, que representa o compromisso da FEPODI com o desenvolvimento e a visibilidade da pesquisa e com busca pela qualidade da produção na área do direito.

Campo Grande, outono de 2017.

Profa. Dra. Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do V Congresso da FEPODI

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UFMS

Prof. Yuri Nathan da Costa Lannes

Presidente da FEPODI

**DIREITO DE RESISTÊNCIA CONSTITUCIONAL E ALIENAÇÃO LEGAL:
PERSPECTIVAS PARA A REALIDADE LATINO-AMERICANA**

**RIGHT OF CONSTITUTIONAL RESISTANCE AND LEGAL ALIENATION:
PERSPECTIVES FOR THE LATIN AMERICAN REALITY**

Ricardo Silveria Castro

Resumo

O presente estudo parte da uma constatação obtida a partir da observação da realidade jurídica latino-americana – qual seja, a da ausência do direito de resistência nas experiências constitucionais – para avaliar o potencial de um modelo analítico em particular, proposto pelo constitucionalista argentino Roberto Gargarella. O modelo estudado recoloca a potencialidade do direito de resistência no combate das desigualdades marcantes das sociedades latino-americanas, fundamentando a incidência de tal dispositivo nas ocasiões de alienação legal. É justamente a essência desse conceito que o presente trabalho busca revelar e analisar criticamente.

Palavras-chave: Direito de resistência, Democracia, Alienação legal

Abstract/Resumen/Résumé

The present study starts from the observation obtained of the Latin American legal reality - that is, from the absence of the resistance right in the constitutional experiments - to evaluate the potential of a particular analytical model, proposed by the Argentine constitutionalist Roberto Gargarella. The model studied restores the potentiality of the right of resistance in the fight against the marked inequalities of Latin American societies, justifying the incidence of such a device in times of legal alienation. It is precisely the essence of this concept that the present work seeks to reveal and analyze critically.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right of resistance, Democracy, Legal alienation

1. Introdução:

O direito de resistência esteve diretamente vinculado aos postulados de base que sustentaram a afirmação do constitucionalismo moderno. Nesse sentido, o pensamento de raiz liberal, que apresentou impacto direto na elaboração dos principais textos normativos do século XVII (tais como a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão), fez repercutir a noção de um direito natural inerente ao pacto fundacional subjacente a todas as comunidades políticas: o direito de resistir ao exercício abusivo do poder político.

Apresentando o Estado a finalidade fundamental de preservar a sobrevivência dos indivíduos que, por meio do consentimento, aderem à sociedade política – os liberais contratualistas tiveram papel importante na fixação do direito de resistência como pilar de sustentação do constitucionalismo moderno. A abordagem teórica que mais claramente destaca esse fundamento das comunidades políticas é a de John Locke, para quem não é possível

(...) supor ser vontade da sociedade que o legislativo tenha o poder de destruir aquilo que todos têm o propósito de proteger ao entrar em sociedade, e em nome de que o povo se submete aos legisladores por ele próprio instituídos, sempre que tais legisladores tentarem violar ou destruir a propriedade do povo ou reduzi-lo à escravidão sob um poder arbitrário, colocar-se-ão em estado de guerra com o povo, que fica, a partir de então, desobrigado de toda obediência e deixado ao refúgio comum concedido por Deus a todos os homens contra a força e a violência. Logo, sempre que o legislativo transgrida essa regra fundamental da sociedade e, seja por ambição, seja por medo, insanidade ou corrupção, busque tomar para si ou colocar nas mãos de qualquer outro um poder absoluto sobre a vida, as liberdades e as propriedades do povo, por uma tal transgressão ao encargo confiado ele perde o direito ao poder que o povo lhe depôs em mãos para fins totalmente opostos, revertendo este ao povo, que tem direito de resgatar sua liberdade original e, pelo estabelecimento de um novo legislativo (tal como julgar adequado), de prover à própria segurança e garantia, que é o fim pelo qual vive em sociedade (LOCKE, 2005, p.579-580).

O impacto da afirmação liberal do direito de resistência enquanto válvula de garantia da ordem consensual também se fez sentir na região latino-americana, o que pode ser constatado a partir do estudo das primeiras experiências constitucionais da região – que consagraram o direito de resistência em seus textos (a título de exemplo, pode-se mencionar a Constituição da Banda Oriental, de 1813, e a Constituição de Apatzingán, no México, de 1814). O estudo da história constitucional dos países latino-americanos demonstra, entretanto, que o direito de resistência foi perdendo espaço nos processos constituintes dos séculos XIX e

XX, a tal ponto de se consolidarem como uma tradição “esquecida” pela dogmática constitucional na América Latina (GAGARELLA, 2005b, p.17).

Com a pretensão de romper com esse processo de esquecimento, o constitucionalista argentino Roberto Gargarella orienta-se no sentido de reposicionar o direito de resistência no núcleo da teoria constitucional latino-americana, utilizando-se – para tanto – da noção de “alienação legal”. Na primeira parte do presente estudo, analisa-se os pressupostos desse conceito, com o fim de delimitar-se as circunstâncias em que o direito de resistência – para o autor argentino – estaria legitimado. Na sequência, partir-se-á para uma análise crítica do modelo analítico estudado, com enfoque no potencial institucionalizador da proposta articulada por Gargarella.

2. Resistência como reação legítima a situações de “alienação legal”: uma proposta

A principal justificativa para a doutrina constitucional afastar o direito de resistência da sua posição de destaque conferida pelo constitucionalismo moderno no final do século XVIII esta associada ao avanço obtido em matéria de participação popular no âmbito político. Nesse sentido, a universalização do sufrágio e a conseqüente amplificação do acesso popular aos processos de tomada de decisão política ocorridas no século XIX embasam o descredenciamento do direito de resistência enquanto ferramenta legítima a ser utilizada como instrumento de defesa dos pactos constitucionais. Acontece que os mecanismos de participação popular incluídos nas constituições contemporâneas não apresentam o potencial de alcançar situações particulares de exclusão e desigualdade na região latino-americana. A partir dessa perspectiva, Gargarella (2005a, p.233-234) pontua que

(...) ni las elecciones transparentes ni las reformas constitucionales pueden ocupar todo el espacio que la idea de resistencia vino a ocupar en su momento. En contextos de alienación legal, el recurso al derecho para renovar a los gobernantes de turno, o para modificar las bases constitucionales del gobierno puede resultar simplemente insensato: aquí, el derecho forma parte central de los obstáculos que obstruyen la posibilidad del autogobierno y no parte de las condiciones que lo tornan posible. En situaciones como la descrita, en efecto, es esperable que las elecciones periódicas no resulten un vehículo adecuado para avanzar cambios de alguna importancia: la alternativa (no siempre clara) de una renovación parcial del personal político, como producto de las elecciones, no encuentra una vinculación clara con la posibilidad de impulsar un cambio en las políticas aplicadas, violatorias de los intereses básicos de una mayoría de los miembros de la comunidad. Lo mismo ocurre con la reforma constitucional: si ésta queda en manos de aquellos órganos e individuos que, justamente, motivan la necesidad de la reforma, luego, poco cabe esperar de ella.(...) En estos casos, toda remisión al derecho vigente como instrumento de cambio resulta entre demasiado optimista y demasiado ingenua.

Com a orientação de que algumas circunstâncias de violação de direitos fundamentais somente poderiam ser questionadas e corrigidas – com a atualidade necessária – por meio do exercício do direito de resistência, o constitucionalista argentino propõe um modelo de análise para a teoria do direito de resistência na contemporaneidade. O núcleo essencial das circunstâncias legitimadoras do exercício do direito de resistência identifica-se com a noção de “alienação” (ELSTER, 1985) legal, que é composta por duas principais condições: a substancial e a procedimental. Gargarella (2005b, p.35) acentua que,

obviamente, aquellos que se ven sistemáticamente privados de abrigo u hogar; aquellos que padecen diariamente el hambre; aquellos que son víctimas sistemáticas de la violencia, etc., confrontan algunos de los peores agravios que una persona puede enfrentar (condición substantiva). Al mismo tiempo, tales ofensas, y particularmente su carácter sistemático, nos refieren a la existencia de graves deficiencias procedimentales – deficiencias que se vinculan con el sistema institucional, y que muestran que el mismo es incapaz de reparar los males existentes - , en estas situaciones, resulta muy difícil no culpar al sistema institucional por los males que padecen los miembros de estos grupos marginados.

A situação de exposição a contextos de extrema carência (condição substantiva) somada a bloqueios institucionais que impedem a modificação desse quadro de vulnerabilidade (condição procedimental) reservaria ao grupo atingido por essas circunstâncias o exercício do direito de resistência. Como a ordem normativa constitucional não é capaz de assegurar as condições mínimas a tais sujeitos, não há – para estes – o imperativo dever de obediência aos comandos estatais. Na medida em que o direito se encontra causal e moralmente implicado no sofrimento impostos a esses grupos vulneráveis, certas formas de resistência ao direito deveriam ser vistas, em princípio, como moralmente permitidas (GARGARELLA, 2005b, p.37).

A partir dessas premissas nucleares, tem-se que tanto a resistência passiva – vinculada com a noção de não cooperação – quanto a resistência ativa – relacionada com a dimensão do confronto – estariam justificadas em situações de alienação legal, dado que os oprimidos estão livres para desobedecer as ordens causadoras do estado de opressão. É preciso destacar, entretanto, que o direito à resistência nesses termos está condicionado à potencialidade do ato de resistência – isto é – está justificado na medida em que seja capaz de por fim ao quadro de sofrimento extremo daquele que decide resistir.

Do que foi exposto acima, percebe-se que há cláusulas restritivas ao exercício da resistência. Sistemáticamente, o modelo de fundamentação da resistência em situações de alienação legal é limitado por quatro controles: a questão da causalidade, a ideia de mútuo respeito, a questão do vínculo (ou nexa) e a questão da proporcionalidade. O primeiro está

relacionada com a presunção segundo a qual o estado de carência extrema é consequência de uma postura (ação ou omissão) do Estado: pode ocorrer que este não possua alternativas disponíveis para proteger grupos sistematicamente privados de bens básicos – e nesse caso, não haveria espaço para resistência legítima. O segundo vincula-se à limitação da resistência legítima, na medida em que os indivíduos que se desobrigam a obedecer os comandos estatais por se encontrarem em situações de extrema carência não estão desobrigados de cumprirem os “deveres de humanidade”, associados a deveres morais (não-legais) de respeito e reciprocidade (GARGARELLA, 2005b, p.40). O terceiro, também na perspectiva de limitar o ato de resistência legítima, restringe o comportamento resistente na esfera jurídica diretamente vinculada com as desvantagens sofridas, isto é, é razoável que o indivíduo não pague os impostos utilizados pelo Estado para manter uma ordem legal que lhe expõe à condição de necessidade, mas é injustificado que o indivíduo decida avançar o semáforo vermelho quando não se encontrem forçados a fazê-lo (GARGARELLA, 2005b, p.41). Por fim, o controle da proporcionalidade funciona como orientação de limite às ações dos sujeitos resistentes, já que a legitimidade de seus atos termina quando sacrifícios desnecessários são impostos ao resto da comunidade.

3. Crítica ao modelo de alienação legal: resistência como expressão da necessidade?

A partir da análise do modelo analítico proposto por Gargarella – embasado na noção de alienação legal – é possível constatar um ponto crítico de difícil superação: o direito de resistência somente se legitima na medida em que se torna expressão da necessidade (estado de privações extremas, tido pelo autor como condição “substancial”). Tal caminho limita a abordagem do direito de resistência apresentado por Gargarella a uma esfera que não condiz com a lógica dos espaços políticos, o que obsta os processos de institucionalização desse direito constitucional peculiar.

Os campos da política e da necessidade funcionam com base em princípios diametralmente opostos, e como reflexo disso, tem-se que os instrumentos utilizados em uma e outra esfera apresentam diferenças intrínsecas. Com base no pensamento de Hannah Arendt, é possível esclarecer que o campo da necessidade está atrelado às necessidades biológicas (físicas) emergentes diante da urgência de processos vitais (alimento, segurança física, etc.) – e pode ser aproximada da circunstância da pobreza, da condição de carência continuada e da miséria aguda. A pobreza é sórdida porque coloca os homens sob o ditame absoluto de seus

corpos, ou seja, sob o ditame absoluto da necessidade que todos os homens conhecem pela mais íntima experiência (ARENDDT, 2011, p.93). A necessidade expõe o indivíduo à urgência da manutenção da própria existência e, assim, libera o dispositivo da violência. A violência sempre pode destruir o poder, pois, do canhão de uma arma brotam as ordens mais eficazes que determinam a mais instantânea e perfeita obediência (ARENDDT, 1973, p.155).

O perigo da justificação da violência, para o campo político, é precisamente a sua incapacidade em gerar poder. Gargarella não desconhece tal risco, e integra ao seu modelo quatro controles de limitação da legitimidade dos atos de resistência. Nesse sentido, convém destacar a questão da proporcionalidade – explorada na seção anterior – que serviria como filtro à deflagração da violência como meio de alcançar o objetivo levantado pelo grupo social em desvantagem social. Ocorre que importantes perguntas ficam sem respostas na abordagem de Gargarella: quem controla a proporcionalidade dos meios – violentos ou não – utilizados pelos grupos resistentes? Qual o limite entre o meio proporcional e o não proporcional? Como institucionalizar o exercício de um direito constitucional que tem como substrato a sobrevivência do sujeito que o exerce?

A principal dificuldade imposta à noção de alienação legal enquanto fonte de legitimidade do exercício da resistência constitucional, entretanto, está na etapa dos processos de institucionalização. Isso porque tal como desenhado pelo modelo analítico de Gargarella – de afirmação do direito de resistência como expressão do campo da necessidade – o direito à resistência somente poderia alcançar status constitucional por meio de processos de institucionalização “fraca”, isto é, através de reforma na parte dogmática das Constituições. Enquanto institucionalização fraca, o direito de resistência funcionaria como cláusula de garantia que teria sua potência determinada pelas instituições do Estado detentoras do poder político.

Especificamente na realidade latino-americana, cuja marca de destaque é justamente a manutenção de grupos vulneráveis à margem dos processos de decisão política comunitária – o incentivo de processos de institucionalização “fraca” não funcionam como destrave para o potencial do direito de resistência. Pelo contrário, tais processos apresentam consequências perversas ao campo político, na medida que resultam em severa concentração de poder nas instituições que costumam sofrer pelo déficit democrático que norteia a sua estruturação e desenvolvimento: o Poder Judiciário. No contexto constitucional latino-americano, a existência de cláusulas que conferissem legitimidade à resistência de grupos afetados por situações de alienação legal assumiriam o desenho de “cláusulas dormentes” (GARGARELLA, 2014, p. 261), dada a tendência generalizada de criminalizar as formas de

protesto verificada a partir da atuação das instituições estatais (relacionadas ao sistema de justiça ou não) em funcionamento há mais de dois séculos na região.

4. Considerações finais

O presente trabalho avaliou o conteúdo do modelo analítico de Roberto Gargarella para o direito de resistência constitucional. A noção de alienação legal – pressuposto de legitimidade da ação política de resistência – conecta o exercício da resistência à defesa das necessidades básicas dos indivíduos. Por esta razão, o modelo da alienação legal limita-se a sugerir uma institucionalização “fraca” da resistência, no máximo figurando esta como direito previsto no rol dogmático da Constituição. O estudo da realidade constitucional latino-americana revela que uma real modificação na engenharia constitucional demanda a ruptura com paradigma clássico de afirmação do direito de resistência, em pelo menos dois pontos conectados entre si: e o fundamento que confere legitimidade ao direito de resistência e a condição de passividade do sujeito legitimado a exercê-lo.

O movimento teórico que poderia corresponder às demandas de referidas rupturas está na inclusão da resistência no campo da política, e conseqüentemente, da remodelação da parte orgânica das constituições, isto é, na seção destinada à organização do poder. Nesse sentido, perceber a resistência como condição positiva (propositiva) e ativa é condição de avanços nas formas de institucionalizá-la. O suposto estado de passividade em que é colocado o sujeito da teoria clássica do direito de resistência força a atração do campo da necessidade enquanto fundamento para o seu legítimo exercício, e como resultado tem-se a irrupção da violência enquanto instrumento de mudança. Em vez disso, se pensada enquanto expressão do campo político a resistência se vê exercida por instrumentos de outra qualidade, quais sejam, a ação e o discurso.

Em tom conclusivo, a realidade latino-americana demanda processos de institucionalização “forte” do direito de resistência, isto é, reformas na engenharia institucional das constituições (parte orgânica) – para que instrumentos políticos (condizentes com a ação e com o discurso) sejam disponibilizados a todos os integrantes da comunidade de forma igual. A inclusão de todos nos processos de tomada de decisão política – bem como a efetivação de controles verticais dos mais variados setores da administração pública, com o reconhecimento da cidadania ativa como fonte de produção e de defesa da constituição,

importariam em verdadeira ruptura com os modelos de institucionalização “fraca” do direito de resistência constitucional.

5. Referências bibliográficas

ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Crisis de la Republica**. Madrid: Taurus Ediciones, 1973.

ELSTER, Jon. **Making Sense of Marx**. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz, 2014.

_____. **El derecho a la protesta: El primer derecho**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005a.

_____. **El derecho a resistir el derecho**. Buenos Aires: Miño y Dávila Editores, 2005b.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.