

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

ENEÁ DE STUTZ E ALMEIDA

ILTON GARCIA DA COSTA

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

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 – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Eneá de Stutz e Almeida; Ilton Garcia Da Costa; Livia Gaigher Bosio Campello - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-445-7

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Cidadania.
3. Sociedade Plural.
4. Garantias. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

É com imensa satisfação que apresentamos aos leitores estes Anais compostos por artigos defendidos com extrema competência, após rigorosa seleção, no Grupo de Trabalho intitulado Direitos e Garantias Fundamentais I, durante o XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, em Brasília.

Os trabalhos apresentados, de incontestável relevância para a pesquisa jurídica no Brasil, demonstram notável rigor técnico e uma grande capacidade de reflexão sobre questões atuais dos Direitos Fundamentais. A busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais depende diretamente da concretização da noção de cidadania, possibilitando a participação integral do indivíduo na sociedade. Nesse sentido, os temas abordados nestes Anais revelam boas reflexões sobre os direitos fundamentais, enfrentando os atuais desafios e anseios da sociedade. Demonstram ainda uma visão atenta e questionadora sobre o momento atual do país, suas problemáticas e sutilezas, daí a importância do exercício da cidadania para a defesa de uma sociedade plural, tudo em perfeita consonância com os ditames da democracia.

Esperamos que a partir destes Anais novas pesquisas possam surgir e avançar em favor de um direito cada vez mais justo.

Desejamos a todas e a todos uma excelente leitura!

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa (UENP)

Prof^a. Dr^a. Livia Gaigher Bosio Campello (UFMS)

Prof^a. Dr^a. Eneá De Stutz E Almeida (UnB)

O DIREITO DE RESISTÊNCIA NA CF/88: A DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL “IMPLÍCITO” NO BRASIL

THE RIGHT OF RESISTANCE IN THE CF/88: CIVIL DISOBEDIENCE AS AN "IMPLICIT" FUNDAMENTAL RIGHT IN BRAZIL

Gustavo Santiago Torrecilha Cancio ¹
Livia Gaigher Bosio Campello ²

Resumo

Este artigo propõe-se a analisar as características da desobediência civil e suas especificidades no ordenamento jurídico brasileiro, buscando compreender se o direito de resistência no Brasil pode ser enquadrado como um direito fundamental implícito. Apresenta-se o debate acerca de como o governo deve proceder com relação àqueles que, por razões de consciência, desobedecem às leis e, ainda, o dever de obedecer a leis injustas. Para tanto, o procedimento metodológico utilizado foi a revisão bibliográfica do tema, com o objetivo de verificar os elementos singulares da desobediência civil e do direito de resistência, assim como da conceituação dos direitos fundamentais implícitos.

Palavras-chave: Desobediência civil, Direito de resistência, Direito fundamental implícito, Ordenamento jurídico brasileiro, Razões de consciência

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to analyze the characteristics of the civil disobedience and its specificities in the Brazilian legal system, trying to understand if the right of resistance in Brazil can be framed as an implicit fundamental right. It presents the debate about how the government should proceed in relation to those who, for reasons of conscience, disobey the laws and also the duty to obey unfair laws. The methodological procedure used was the bibliographical review in order to verify the singular elements of civil disobedience and the right of resistance, as well as the conceptualization of implicit fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil disobedience, Right of resistance, Implicit fundamental right, Brazilian legal system, Reasons of conscience

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS.

² Pós-Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP. Professora Adjunta da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS.

INTRODUÇÃO

É evidente que não há nenhuma dificuldade em explicar por que devemos obedecer a leis justas estabelecidas na vigência de uma constituição justa. A verdadeira questão está em saber em que circunstâncias e em que medida somos obrigados a obedecer a ordenações injustas.

Às vezes se diz que, nesses casos, nunca temos obrigação de obedecer, afirmação que, para Rawls (2000), deve ser considerada um equívoco. Rawls entende que a injustiça de uma lei não é, em geral, razão suficiente para não lhe obedecer, assim como a validade jurídica da legislação não é razão suficiente para concordarmos com a sua manutenção.

Já para Raz (1985) não existe dever algum de obedecer o direito. Raz sustenta, inclusive, que não existe obrigação *prima facie* de obedecer o direito, sejam as leis injustas ou pertencentes a sociedades com sistemas jurídicos justos.

Dworkin (2002), por seu turno, pontua que há muitas razões para se considerar que a desobediência civil não deve ser permitida. Dworkin pontua que há autores que entendem que os que deixam de agir de acordo com o preceituado pela lei por razões de consciência devem ser responsabilizados, em razão de desacatarem a lei. Também observa que outros argumentam que apesar de a desobediência ser moralmente justificada não deve ser legalmente justificada.

No entanto, Dworkin, adotando entendimento contrário, assevera que existem, pelo menos *prima facie*, razões para não se processar aqueles que, com base em sua consciência, desobedecem a leis. Isso porque tais desobedientes civis agem segundo melhores motivações que aqueles que infringem a lei por cobiça, além do que a sociedade perde ao punir esse grupo de dissidentes, que, em geral, engloba cidadãos leais e respeitadores da lei.

Ao tratar da temática em questão, Thoreau (1997) afirma que não é desejável cultivar o respeito às leis no mesmo nível do respeito aos direitos. Dessarte, a desobediência não deve ser vista como uma afronta ao sistema democrático que determina a aprovação das leis, uma vez que a feição da desobediência civil é reformadora, na medida em que a mobilização requer a formulação de uma outra lei que satisfaça a demanda dos seus participantes.

A abordagem de Althusius (1995) sobre os poderes do que ele chama de “magistrado supremo” também tangencia os elementos da desobediência civil. Segundo Althusius, o povo se compromete a obedecer o que for necessário para a adequada

administração do reino. Em tal caso, a obediência seria a complacência com os comandos justos dados pelo denominado magistrado supremo. Ocorre que essa obediência não se estende, todavia, aos comandos tirânicos do magistrado, já que, segundo o autor, a obediência a Deus é mais importante do que a obediência aos homens.

Dentro dessas diferentes perspectivas e visões acerca do dever de obedecer ao direito vigente, o presente artigo busca responder as seguintes indagações: em que ponto o dever de obedecer a leis estabelecidas por uma maioria do legislativo deixa de ser obrigatório, em vista do direito de defender as liberdades pessoais e do dever de se opor à injustiça? Esse direito de resistência no ordenamento jurídico brasileiro é explicitamente previsto pelo texto constitucional ou se caracteriza como um direito fundamental implícito?

Para tanto, o procedimento metodológico utilizado, quanto aos meios de investigação, será a pesquisa bibliográfica, constituída essencialmente de artigos científicos e obras que buscam compreender o fenômeno da desobediência civil, do direito de resistência e as nuances dos direitos fundamentais implícitos. Quanto à abordagem, serão utilizados o método descritivo, com o escopo de elucidar os elementos da desobediência civil, expondo suas características e estabelecendo correlações entre variáveis e a sua natureza jurídica; e o método exploratório, com a finalidade de desenvolver e esclarecer conceitos e ideais afetas ao direito de resistência, provendo critérios de compreensão do fenômeno pesquisado.

1 A DESOBEDIÊNCIA CIVIL: CONCEITOS E ELEMENTOS BÁSICOS

Em *Uma Teoria da Justiça*, John Rawls (2000), antes de definir desobediência civil e diferenciá-la do conceito de objeção de consciência, afirma que a teoria da desobediência civil só se concebe para o caso particular de uma sociedade quase-justa, uma sociedade que é bem ordenada em sua maior parte, na qual, entretanto, acontecem sérias violações da justiça. Uma vez que Rawls supõe que um estado de quase-justiça requer um regime democrático, a teoria em questão trata do papel e da adequação da desobediência civil em relação à autoridade democrática legitimamente estabelecida. Em outros termos, trata-se de um problema de deveres conflitantes.

Levando essa problemática em consideração, Rawls entende que uma teoria constitucional da desobediência civil possui três partes. Primeiro, define essa espécie de dissensão e a distingue de outras formas de oposição à autoridade democrática. Em

segundo lugar, apresenta as razões da desobediência civil e as condições em que tal ação se justifica num regime democrático (mais ou menos) justo. Por derradeiro, a teoria deve explicar o papel da desobediência civil dentro de um sistema constitucional e dar a conhecer a adequação desse modo de protesto no seio de uma sociedade livre.

Nesse sentido, Rawls define a desobediência civil como sendo:

[...] um ato público, não violento e inobstante seja político, contrário à lei, é geralmente praticado com o objetivo de provocar uma mudança na lei e nas políticas de governo. [...] A desobediência civil foi assim definida de tal modo que se situe entre o protesto jurídico e a provocação intencional de processos exemplares, por um lado, e a recusa de consciência e as várias formas de resistência, por outro lado (RAWLS, 2000, p. 404).

Rawls discute, ainda, em quais circunstâncias a desobediência civil se justifica. Considerando a desobediência como um ato político que se dirige ao senso de justiça da comunidade, então parece razoável, em circunstâncias iguais, restringi-la a casos de injustiça patente e significativa, de preferência àqueles que impedem a remoção de outras injustiças. Por essa razão, parte-se de uma suposição que tende a restringir a desobediência civil a sérias infrações do primeiro princípio da justiça (princípio da liberdade igual) e a gritantes violações da segunda parte do segundo princípio (princípio da igualdade equitativa de oportunidades).

Roberto Gargarella (2007), por sua vez, defende o direito de resistência em situações de carência extrema, trazendo um importante conceito para se aprofundar na desobediência civil: o da alienação legal. Gargarella elucida que durante séculos, o direito de resistência foi defendido por teóricos com formação e ideais diferentes. Todos eles, entretanto, pareciam compartilhar um pressuposto comum de acordo com o qual a resistência resultava ser defendida em situações que o autor denomina alienação legal.

Em tais situações, de acordo com Gargarella:

[...] el derecho comienza a servir propósitos contrarios a aquellos que, finalmente, justificaban su existencia. Esto es, al menos, lo que una mayoría de los defensores del derecho de resistencia parecían defender al objetar, de modos diferentes, la posibilidad de que las mismas normas que debían garantizar la libertad y el bienestar de la gente pasaran a trabajar en contra de los intereses fundamentales de las personas (GARGARELLA, 2007, p. 07).

Dessarte, a alienação legal é caracterizada como uma situação na qual o direito não representa uma expressão mais ou menos fiel a nossa vontade como comunidade, nem se apresenta como um conjunto de normas a nossos desígnios e controle de

aprovação. Nessa situação surgem riscos enormes, como aproveitadores, arbitrariedade, violência, anarquia, etc., o que permite reproblematicar a questão da resistência ao poder, uma noção primordial para o constitucionalismo, mais especificamente a ideia de resistência constitucional.

Tal visão também está presente, ainda que com uma abordagem distinta, na obra *Politica: An Abridged Translation of Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples* de Johannes Althusius (1995). Após tratar da natureza da tirania¹, Althusius passar a tratar do remédio pelo qual pode ser removida, que consistiria na resistência e deposição do tirano, deposição esta que apenas é efetuada quando a *commonwealth* não mais puder se manter sob a autoridade do magistrado supremo² tirânico.

Nesse sentido, todos os éforos³ coletivamente podem resistir ao tirano, já que, tendo eles constituído o magistrado supremo a partir do consentimento do povo, eles também detêm o poder e o dever de julgar e depô-lo. Ressalta o autor, ainda, que a resistência e deposição é conferida coletivamente aos éforos, de modo que não se permite que um éforo, individualmente e sem o consentimento dos demais, procure depor o magistrado supremo. Isso porque o que concerne o todo não pode ser exercido por indivíduos separadamente quando o resto, ou a maior parcela do resto, discorda.

Seguindo linha semelhante do conceito de Rawls de desobediência civil, Althusius (1995) entende que a maneira para resistir à tirania deve se dar de modo defensivo e não por meio ofensivo. Desse modo, o tirano deve ser resistido por meio de palavras e ações, apenas se legitimando o uso da força quando o próprio magistrado se utiliza dela para exercer a tirania.

Já para Joseph Raz (1985), não existe obrigação *prima facie* de obedecer o direito, sejam as leis injustas ou pertencentes a sociedades com sistemas jurídicos justos. O mencionado autor enuncia que os atos de desobediência são normalmente voltados para

¹ Tirania, como pontuado pelo autor, é o contrário de justa administração, a partir da qual os laços e bases da associação universal são destruídos pelo magistrado supremo, de modo contrário aos juramentos por ele efetuados quando da tomada da posse. Um tirano cruelmente destrói os bens mais importantes da *commonwealth*, como a paz, a virtude, a ordem e a lei.

² O supremo magistrado é quem, tendo sido constituído de acordo com as leis da associação universal para o bem-estar e a utilidade, administra seus direitos e comanda obediência a eles. Embora os direitos da associação universal pertençam ao corpo da associação, eles são confiados ao magistrado supremo para administração e exercício.

³ Os éforos, de acordo com Althusius, são os representantes da *commonwealth* ou da associação universal, a quem a suprema responsabilidade de escolher o magistrado supremo é conferida e a quem é atribuída a função de ajudar o supremo magistrado, assisti-lo e aconselhar suas atividades, bem como ultrapasse os limites de seu cargo, garantindo ao *commonwealth* que este não sofra pelas ações do supremo magistrado.

captar a atenção do público e funcionam como formas de manifestação de descontentamento para alcançar algum tipo de mudança jurídica e política que se considere necessário.

Com base nesse entendimento, Raz define a desobediência civil, diferenciando-a da desobediência revolucionária, como sendo:

[...] una violación del derecho políticamente motivada, hecha ya sea para contribuir directamente al cambio del derecho o de una política o, bien, para expresar la protesta de uno, en contra o para disasociarse de una disposición jurídica o de una política (RAZ, 1985, p. 324-325).

De outro vértice, Ronald Dworkin (2002) reflete sobre o que os dissidentes consideram ser o conceito de “seguir as regras do jogo”, ou seja, acerca do que entendem ser constitutivo do seu dever enquanto cidadão, já que não se deve reputar como injusto, segundo o autor, deixar de punir alguém que está agindo, segundo suas opiniões, como acham que devem agir.

Dentro dessa análise, Dworkin apresenta três respostas possíveis para a questão: a) se a lei for duvidosa, o cidadão deve imaginar o pior e agir pressupondo que a lei não permite, devendo obedecer as ordens emanadas das autoridades responsáveis pela aplicação da lei mesmo que sejam erradas, utilizando-se do processo político, se puder, para modificar a lei; b) se a lei for duvidosa, o cidadão pode seguir segundo seu próprio discernimento, até o momento em que uma instituição autorizada decida o contrário em um caso que envolva ele ou outra pessoa; e c) se a lei for duvidosa, ele pode orientar-se segundo seu próprio discernimento, mesmo depois de uma decisão em contrário tomada pelo mais alto tribunal competente.

O primeiro modelo, segundo Dworkin, não deveria ser observado, visto que não há nada de errado em o cidadão seguir seu próprio discernimento, mesmo porque, ao se autorizar tal ação, fornecem-se meios para se testar a relevância de algumas hipóteses no âmbito jurídico, ou seja, fornecem-se meios para analisar a conveniência da anulação ou manutenção da norma. O segundo modelo também não deve ser observado, já que este deixa de levar em consideração que os tribunais podem rever suas decisões.

Assim, conclui o autor que o terceiro modelo parece ser a formulação mais equitativa do dever social de um membro de nossa comunidade, já que sua lealdade é para com a lei e não para com nenhum ponto de vista particular que alguém tenha sobre a natureza do direito, ou seja, não se comporta injustamente enquanto se deixar guiar por sua própria concepção ponderada e razoável sobre o que a lei requer.

Não há como deixar de observar que, a princípio, a desobediência civil pode parecer um ato de desrespeito às leis ou uma forma de se promover um novo tipo de anarquia. Nesse sentido, o seu conceito pareceria uma afronta à ordem e um desrespeito ao processo democrático que determina a aprovação das leis existentes. Contudo, a desobediência civil segue alguns padrões que extrapolam o simples não cumprimento daquilo que é ordenado.

É o que atesta Thoreau (1997) em sua clássica obra sobre a temática em questão *A desobediência civil*⁴, ao defender que o que dá sustentação à desobediência é a luta contra as leis que detêm um comportamento nitidamente injusto. Dessa forma, tais atos não são organizados de forma deliberada e muito menos possuem a pretensão de subverter todas as leis que regulamentam o Estado.

Ao defender a ideia da desobediência civil como um direito a ser exercido pelos cidadãos de determinado país, Thoreau afirma que:

A lei nunca fez os homens sequer um pouco mais justos; e o respeito reverente pela lei tem levado até mesmo os bem-intencionados a agir cotidianamente como mensageiros da injustiça. [...] A única obrigação que tenho de assumir é fazer a qualquer momento aquilo que julgo certo (THOREAU, 1997, p. 06).

Por essa razão, Thoreau é mais um autor a defender que os atos de desobediência civil devem expressamente evitar a violência. Caso seus participantes não consigam transformar a lei, eles não utilizam da força para que a mesma seja modificada ou para coagir outras pessoas a não cumpri-la.

O que se observa, a partir de todas as visões até aqui expostas, é a dificuldade em se apresentar um conceito uníssono de desobediência civil. Contudo, pode-se constatar elementos comuns da desobediência civil destacados por todos os autores como, por exemplo, o fato de ser um movimento ou um ato pacífico, motivado por interesses de mudanças na vida política e jurídica de determinada sociedade e que se diferencia de outras formas de resistência. Tal diferenciação é justamente o objeto do próximo tópico.

2 A DISTINÇÃO ENTRE DIREITO DE RESISTÊNCIA, DESOBEDIÊNCIA CIVIL E OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

⁴ O estudo de Henry Thoreau foi publicado originalmente sob o título de *Resistência ao Governo Civil*, no periódico "Aesthetic Papers", no dia 14 de maio de 1849. Após sua morte, o título foi alterado para *A Desobediência Civil* no livro *A Yankee in Canada*.

Inobstante não ser tão nítida na prática a diferença entre desobediência civil, objeção de consciência e o direito de resistência (RAWLS, 2000), cumpre, apenas para melhor individualização do termo desobediência civil – objeto do presente estudo –, realizar tal distinção.

Para Rawls (2000), a objeção de consciência é a desobediência a uma injunção legal ou a uma ordem administrativa mais ou menos direta. Assim, existiriam várias diferenças teóricas entre a objeção de consciência e a desobediência civil, a saber: i) a objeção de consciência não é uma forma de apelo ao senso de justiça da maioria, não se invocando as convicções da comunidade; ii) a objeção de consciência não se baseia necessariamente em princípios políticos, podendo fundamentar-se em princípios religiosos ou de outra natureza que divergem da ordem constitucional.

Rawls apresenta a justificativa da objeção de consciência por intermédio de sua relação quanto à prática de certos atos de guerra ou ao serviço militar (mesmo exemplo utilizado por Dworkin). O autor supõe que essa recusa se baseia em princípios que são políticos e não religiosos de outra natureza, ou seja, os princípios citados a título de justificativa são os da concepção da justiça implícita na constituição.

Seguindo os ensinamentos de Rawls, Gargarella (2007) assinala que a diferença da objeção de consciência para o caso da desobediência civil é que naquela não se apela para convicções de justiça da comunidade, mas sim às próprias. Não se pretende (ao menos primariamente) na objeção de consciência, fazer um chamado no “sentido de justiça da maioria”, nem se atua, necessariamente, a partir de princípios políticos, sendo habitual que se faça, por exemplo, em razão de princípios religiosos ou de outro tipo.

Raz, por sua vez, define a objeção de consciência como:

[...] una violación del derecho en virtud de que al agente le está moralmente prohibido obedecerlo, ya sea en razón de su carácter general (e.g. como con los pacifistas absolutos y la conscripción) o porque se extiende a ciertos casos los cuales no debieran ser cubiertos por él (e.g. conscripción y objetantes selectivos y homicidio y eutanasia) (RAZ, 1985, p. 325).

Comumente tratado como gênero das espécies desobediência civil e objeção de consciência, o direito de resistência é a forma mais antiga e tradicional de desobediência à ordem vigente (GARGARELLA, 2007). Nesse sentido, a resistência abrange qualquer comportamento de ruptura contra a ordem constituída, que coloque em crise o sistema, sendo caracterizado como um direito de caráter e conteúdo jurídico, ético, moral, exercido

como um meio de defesa não-jurisdicionais no sentido do bem comum e da defesa dos direitos fundamentais, dos direitos políticos e da dignidade da pessoa humana.

Para Maria Garcia (2003), por exemplo, a desobediência civil pode-se conceituar como uma espécie ou uma forma específica de resistência ou contraposição, seja ela realizada de forma ativa ou passiva do cidadão, à lei ou ato de autoridade, “quando ofensivos à ordem constitucional ou aos direitos e garantias fundamentais, objetivando a proteção das prerrogativas inerentes à cidadania” (GARCIA, 2003, p. 18).

O direito de resistência, seja materializado por meio da desobediência civil ou da objeção de consciência, não tem sido acolhido expressamente pelos textos constitucionais contemporâneos⁵. Assim, relegado à necessidade de interpretação de direitos implícitos (examinados no próximo tópico), o direito de exercer a desobediência civil, em especial no Brasil, ainda é fruto de intensos debates.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS “IMPLÍCITOS” NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Uma vez revisados os conceitos e as principais características inerentes ao direito de resistência e à desobediência civil realizados no tópico anterior, cabe no presente recorte teórico verificar a forma como esses direitos são previstos em sistemas constitucionais, como o brasileiro, em que tais direitos não figuram de forma expressa no texto constitucional.

É o que a doutrina constitucionalista pátria convencional denomina como direitos fundamentais “implícitos”. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007) indica que a referência a direitos implícitos foi pela primeira vez enunciada na Emenda Constitucional nº 9, de 1791, à Constituição dos Estados Unidos da América. Nesta, lê-se: “a enumeração de certos direitos na Constituição não será interpretada como excluindo ou restringindo outros direitos conservados pelo povo”.

⁵ A Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e a Constituição Portuguesa de 1982 são exceções à regra de não inclusão do direito de resistência nas constituições contemporâneas, conforme se verá no tópico 04 do presente artigo.

Ferreira Filho elucida que no direito brasileiro o primeiro texto a reproduzir a ideia de direitos implícitos aparece na a Constituição de 1891 em seu art. 78⁶. Tal previsão tem sido repetida pelas Constituições posteriores, como a de 1988, que o faz no art. 5º, § 2:

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:

[...]

§ 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.

O dispositivo constitucional retro transcrito só reforça a tradição constitucional brasileira de não esgotar em *numerus clausus* os direitos fundamentais previstos expressamente na Carta Magna. A questão, portanto, passa a ser quais seriam esses direitos fundamentais “implícitos” e em como justificá-los perante o ordenamento jurídico vigente.

Em *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Robert Alexy (2008) propõe uma solução para a determinação dos caracteres necessários a um direito para que seja reconhecido como fundamental independentemente de sua inclusão expressa no texto constitucional. O primeiro dentre eles é ser um direito universal. Isto significa *ab initio* que o direito deve concernir a todo e qualquer ser humano, mas daqui não decorre que coletividades não possam ter direitos fundamentais, na medida que sejam “meio para a realização de direitos do homem”.

O segundo é ser um direito moral. Ou seja, que em sua base esteja uma norma que “valha moralmente”. Outro consiste em fazer jus à sua “proteção pelo direito positivo estatal” – ser, na sua terminologia, um direito preferencial. Alexy elucida que este aspecto está previsto, por exemplo, no art. 28 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948⁷.

Igualmente, o direito deve ser fundamental, ou seja, deve preencher duas condições: a) deve tratar-se de interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito; e b) o interesse ou carência seja tão fundamental

⁶ Art. 78 - A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.

⁷ Art. 28. Toda pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem tal que os direitos e liberdades enunciados na presente Declaração aí possam ter pleno efeito.

que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito, vale dizer, “quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia” (ALEXY, 2008, p. 61).

Por fim, Alexy aponta um quinto traço característico dos direitos do homem: ser o direito abstrato, sendo, por isto, suscetível de restrição.

Em âmbito internacional, Philip Alston (1984) também elenca características para que determinado direito seja reconhecido como fundamental, como por exemplo refletir um importante valor social; ser relevante para todos, embora em grau variável dados os diferentes sistemas de valor coexistentes no mundo; ter base em normas da Carta da ONU, em regras jurídicas costumeiras, ou nos princípios gerais de direito; ser consistente com o atual sistema de direito internacional, sem ser repetitivo; ser capaz de alcançar um alto nível de consenso; não ser incompatível com a prática comum dos Estados; e ser suficientemente preciso para dar lugar a direitos e obrigações identificáveis.

Essa é a discussão que perpassa a aceitação da desobediência civil como um direito fundamental implícito na legislação pátria. Desse modo, em que pese tal direito de resistência não ser objeto explícito da Constituição Federal de 1988, busca-se entender no próximo tópico como e onde esse direito pode ser verificado no ordenamento jurídico brasileiro.

4 A DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO NO DIREITO BRASILEIRO

Como alhures visto, são raros os casos contemporâneos de previsão expressa constitucional acerca do direito de resistência. Hodiernamente, o exemplo mais nítido de tal dispositivo constitucional expresso sobre o direito de resistência pode ser observado no direito alemão. Como explica Karl Loewenstein (1986), o interesse da teoria jurídica alemã pelo direito de resistência tem sido mais intenso que em nenhum outro lugar.

Segundo Loewenstein, tal interesse surge como reação contra a ilegalidade do Terceiro Reich, uma série de Constituições dos Lander alemães pós 1945 consagraram expressamente o direito de resistência no seu elenco de direitos fundamentais. Esse é o caso da Lei Fundamental de Bonn de 1949, que trata do direito de resistência no seu art. 20: “3.º o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito. 4.º Não havendo outra alternativa, todos os alemães têm o direito de resistir contra quem tentar subverter essa ordem”.

E o art. 93, 4º, trata dos “processos constitucionais que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos direitos contidos nos arts. 20, alíneas 4, 33, 38, 101, 103 e 104”⁸.

A Constituição portuguesa de 1982 é outro exemplo raro de previsão expressa do direito de resistência por intermédio de seu art. 21: “Todos têm o direito de resistir à qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”.

No Brasil, o poder constituinte originário de 1988 optou por não incluir no rol dos direitos e garantias fundamentais do Título II da Constituição Federal o direito de resistência de forma expressa. O que se busca, portanto, é analisar as características de tal direito que impõem que o mesmo seja tido como um direito fundamental implícito.

De acordo com José Carlos Buzanello (2005), a essência da resistência implícita está na materialidade dos princípios do regime democrático e se combina com os elementos constitucionais formais, como os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, erguidos como fundamentos do Estado Democrático (art. 1º, III, V, CF) e com a abertura e a integração do ordenamento constitucional de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e tratados (art. 5º, § 2º, CF); e, por fim, pela constitucionalização das espécies de direito de resistência, como se dá por exemplo com o direito de greve (art. 9º, CF).

Já para Maria Garcia (2003) a desobediência civil no direito brasileiro deve ser vista como forma de resistência atribuída especificamente ao cidadão, isto é, somente esse poderia voltar-se contra os poderes constituídos e à própria lei. A partir daí, Garcia acrescenta ao princípio democrático trazido por Buzanello o princípio da cidadania, elencado entre os princípios fundamentais do Estado brasileiro (art. 1º, II, CF). Nos seus dizeres:

Esse plexo de direitos e garantias da cidadania deverá conter – por definição – o direito da desobediência civil: dentro do ordenamento jurídico, a possibilidade do cidadão, titular do poder do Estado (que exerce “por meio de representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição”, edita o parágrafo único do art. 1º) – promover a alteração ou a revogação da lei ou deixar de atender à lei ou a qualquer ato que

⁸ Os artigos citados cuidam, respectivamente, de: 4. Direito de resistência; 33. Igualdade de direitos cívicos dos alemães, funcionalismo de carreira; 38. Eleições; 101. Proibição de tribunais de exceção; 103. Audiência legal, proibição de leis penais retroativas e de punição dupla; e 104. Garantias jurídicas no caso de privação de liberdade.

atentem contra a ordem constitucional ou os direitos e garantias fundamentais (GARCIA, 2003, p. 20).

Com efeito, a desobediência civil corresponderia ao *status civitatis* e decorrente do regime dos direitos fundamentais no qual se insere o próprio mandamento do já citado § 2º do art. 5º. Em outros termos, o regime dos direitos fundamentais consagrado na Constituição brasileira abrange, no seu sistema, a possibilidade de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição – dentre eles o direito da desobediência civil.

Maria Garcia (2004), em sua obra referência para a temática em questão – *Desobediência civil: direito fundamental* – expõe que a corrupção seria sempre uma das causas justificadoras do direito de resistência, pois tanto a corrupção como a opressão são formas correspondentes que motivam a insatisfação dos governados seja qual for o conceito de que se tenha de Estado.

Isso porque, repisa-se, a desobediência civil é vista por Garcia como uma garantia das prerrogativas da cidadania e é importante numa nova concepção de direito, que se afirma não só como exigência do cumprimento dos direitos, mas da instituição de novos direitos.

Numa sociedade democrática, de acordo com Rawls (2000), sabe-se reconhecer que cada cidadão é responsável por sua interpretação dos princípios da justiça e pela conduta que assume à luz deles. Não pode haver nenhuma interpretação legal ou socialmente aprovada desses princípios que moralmente tenhamos sempre de aceitar, nem mesmo quando a interpretação é da corte suprema de justiça ou do legislativo.

De fato, cada função constitucional apresenta a sua interpretação da constituição e dos ideais políticos que a informam. Quem pratica a desobediência civil recorre por uma via especial a esse corpo. Não há perigo de anarquia desde que haja uma harmonia adequada nas concepções de justiça dos cidadãos e se respeitem as condições do recurso à desobediência civil.

Por tais razões, Rawls entende que estaria implícito que no sistema de um governo democrático os homens podem conseguir esse entendimento e honrar esses limites quando as liberdades políticas são mantidas. Todavia, se a desobediência civil justificada aparentemente ameaçar a concórdia cívica, a responsabilidade não recai sobre os que protestam, mas sim sobre aqueles cujo abuso de autoridade e poder justifica essa oposição. Pois, empregar o aparato coercitivo do Estado para manter instituições

evidentemente injustas é, por si só, uma forma de força ilegítima que os homens, no devido tempo, têm direito a rechaçar.

De todo o exposto, denota-se que, em sendo respeitadas as características básicas da desobediência civil (ato não violento, político e com vistas a mudar a ordem jurídica vigente), não há forma de negá-la como um direito fundamental implícito no direito brasileiro. Dessa forma, a desobediência civil, entendida como espécie do direito de resistência, pode ser defendida como um direito fundamental tanto pelo princípio democrático quanto pelo princípio da cidadania, ambos insculpidos expressamente na Constituição de 1988.

CONCLUSÃO

O conceito de desobediência civil é fruto de intensa análise de autores relacionados com a Teoria do Direito e a Filosofia Jurídica. Isso porque a questão de obedecer a leis que sejam consideradas como injustas permeia o espectro daqueles que buscam entender a função da ciência jurídica na sociedade.

A ideia do direito de resistência como uma necessidade para a concretização da cidadania perpassa as características básicas da desobediência civil. Nesse sentido, em que pese inexista um consenso sobre a conceituação da desobediência civil, alguns elementos apontados pelos autores trabalhados ao longo do presente artigo indicam alguns dos pilares essenciais de tal fenômeno.

Desse modo, a desobediência civil é tida, assim como a objeção de consciência, como uma espécie do direito de resistência – enquanto o direito de resistência traduz a proteção à ordem jurídica a desobediência civil revela o mecanismo indireto de participação da sociedade – e é caracterizada por ser um ato público, não violento (pacífico), político, contrário à lei e praticado com o objetivo de provocar uma mudança na seara jurídica e/ou nas políticas de governo.

Como visto e defendido ao longo do tópico 4, o direito de resistência é um direito fundamental implícito no ordenamento jurídico brasileiro e instrumento legítimo do cidadão ou grupo de cidadãos de reação às arbitrariedades governamentais e legais pela afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundante do sistema jurídico e do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana.

Com efeito, a desobediência civil pode ser tida como um direito subjetivo de todo cidadão, reconhecendo, em certas situações, o não acatamento da norma jurídica quando esta revela incompatibilidade com o bem comum, princípios e fundamentos do Estado.

A desobediência civil pode, assim, identificar-se entre as conexões necessárias à concretização do princípio democrático albergado pela Constituição demonstrando-se, por definição, instrumento ativo de participação do cidadão no exercício do poder e, portanto, instrumento da democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALTHUSIUS, Johannes. **Politica: An Abridged Translation of Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples** [*Politica methodice digesta et exemplis sacris et profanis illustrata*]. Trad. Frederick S. Carney. Indianapolis: Liberty Fund, 1995.

ALSTON, Philip. Conjuring up new human rights: a proposal for quality control. **American Journal of Inter-national Law**, v. 78, p. 607 e s, 1984.

BUZANELLO, José Carlos. Em torno da Constituição do direito de resistência. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 42, n. 168, out./dez. p. 19-28. 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15916-15917-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14/11/2016.

GARCIA, Maria. **A desobediência civil como defesa da Constituição**. Disponível em: <esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/download/36/36>. Acesso em: 15/11/2016.

_____. **Desobediência civil: direito fundamental**. São Paulo: RT, 2004.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema**. Astrolabio. Revista internacional de filosofia, ano 2007, n. 4, pp. 1-28.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 3 ed. Barcelona: Ariel, 1986.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAZ, Joseph. **Autoridad del Derecho, la: ensayos sobre derecho y moral**. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. 2 ed. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1985.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. Tradução: Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997.