

Desobediência civil: origens, evolução e aplicação na Constituição Federal de 1988

Caroline Ribeiro Bianchini¹

Joel Saueressig²

¹ Advogada e professora de Direito. Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida.

² Advogado e professor de Direito. Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida.

RESUMO

Trata o presente trabalho de uma leitura do instituto da desobediência civil. Para tanto se faz necessário um apanhado histórico da aplicação do antigo direito à revolução e suas consequências no direito ocidental, em especial da formação do Estado Liberal burguês. Uma vez definidas as bases do liberalismo, o outrora direito à revolução permaneceu em alguns documentos como um direito de resistência à opressão. Para tanto são analisados processos históricos de três países que se mostraram importantes para o Liberalismo como Inglaterra, Estados Unidos e França. Finalmente, se faz uma análise do instituto da desobediência civil como uma ramificação do direito de resistência e sua conceituação, especialmente das origens desse direito até a sua receptividade pela Constituição Federal de 1988 no art. 5º, parágrafo segundo.

Palavras-chave: Direito de Revolução, Direito de Resistência, Constituição, Desobediência Civil.

ABSTRACT

This paper deals with a reading by the Institute of Civil Disobedience. This requires a historical overview of the application of the old right to revolution and its consequences in Western law, especially the formation of the bourgeois Liberal State. Once the foundations of liberalism were laid, the once right to revolution remained in some documents as a right of resistance to oppression. To this end, historical processes of three countries that were important for Liberalism, such as England, the United States and France, are analyzed. Finally, an analysis of the institute of civil disobedience is made as a branch of the right of resistance and its conceptualization, especially from the origins of this right until its reception by the 1988 Federal Constitution in art. 5th, second paragraph.

Keywords: Right of Revolution, Right of Resistance, Constitution, Civil Disobedience.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema “Desobediência civil: origens, evolução e aplicação na Constituição Federal de 1988”.

A relevância do mencionado assunto se efetiva pelo fato de que a desobediência civil é um instituto de direito anglo-saxão que não é recepcionado positivamente pela Constituição Federal de 1988.

Isso corresponde à problemática do presente artigo. Poderia, mesmo que de forma interpretativa, de cunho hermenêutico, se admitir que o texto constitucional de 1988 venha a recepcionar a desobediência civil como um instituto aplicável no direito brasileiro?

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral observar a evolução histórica da desobediência civil enquanto forma manifesta de revolução, bem como a evolução desse conceito em um direito de resistência à opressão.

Como objetivos específicos analisar historicamente como os institutos abordados da revolução, resistência e desobediência estão entrelaçados em manifestações constitucionais formadoras do chamado Estado liberal. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

Para melhor compreensão do tema será desenvolvida uma primeira parte voltada aos conceitos de revolução que foram tratados como temática precursora da resistência e da desobediência.

Posteriormente, descrever o período liberal com a positivação de direitos fundamentais, situando o direito de resistência nesse período.

Finalmente, destacar o conceito inicial da desobediência civil como evolução da resistência ao Estado e sua receptividade pela Constituição Federal de 1988. É o que se passa a analisar.

2 DA REVOLUÇÃO E DAS REVOLUÇÕES BURGUESAS

Quando se fala em revolução obviamente se pensa em luta armada ou rebeliões ou qualquer outra forma ou tentativa de se mudar o panorama do poder, em um levante violento ou que coloque vidas em jogo. De fato, essa aproximação se refere a um conceito

de revolução vivenciado pelas sociedades ao longo da história da humanidade. Vários foram os povos que experimentaram mudanças com base em levantes armados. E essas mudanças nem sempre refletiram uma aproximação para uma realidade melhor ou mais bem acabada do que a anterior.

É necessário, portanto, destacar que revoluções não operam apenas no campo dos combates armados, mas sim, em um campo de idéias ou ideais¹. Igualmente pode haver uma mescla de fatores (idéias, ideais e combates armados) que traduzam uma revolução bem sucedida. Buzanello (2002, p. 155) acrescenta:

A questão da revolução é sempre tema apaixonante para a Sociologia, a Política, o Direito, a História. Os conceitos de revolução são dispares. [...]. 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.

Como visto, em muitas ciências podem ocorrer análises do fator revolucionário. No entanto, como o próprio autor coloca acima, a revolução “principal”, aquela pela qual os homens serão lembrados, irá alterar a forma de pensar da sociedade e a forma de se encarar o Estado. Muitas podem ser as formas de revolução e o homem já experimentou várias delas.

Na ciência, por exemplo, mentes como de Pascal, Galileu e Newton provocaram uma verdadeira revolução científica antes mesmo de o termo ser usado em 1789 na Revolução Francesa (COMPARATO, 2005, p. 47).

chamada Revolução Industrial veio a mecanizar o campo e as relações de trabalho e foi um momento de despertar intelectual do homem moderno.

Igualmente a transição do direito natural ou jus naturalismo para o direito positivo ou jus positivismo cuida de uma forma de revolução. A transição entre a interpretação literal de uma lei, sua abordagem fria e sistemática e a sua significação, ou seja, a interpretação da lei como fenômeno social é um ato revolucionário (COSTA, 2005, p. 75-76). Rompimentos de conceitos e paradigmas nas ciências sociais também se

¹ Bonavides chama esse tipo de revolução de “invisível” quando “ precede o ato crítico da tomada do poder e se trava na consciência da sociedade”. BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 412.

caracterizam como revolução.

No campo da religião, o surgimento do protestantismo dividido em várias outras religiões como o Calvinismo, o Metodismo e o Pietismo (WEBER, 2013, p. 127), por exemplo, também não deixou de ser uma revolução. Ou seja, revoluções acontecem a todo o momento nos mais variados campos e nas mais variadas ciências como já citado. Ela pode ser cultural, política, sexual, religiosa, enfim, ter a mais diferente roupagem.

No Brasil, em 2013, houve vários protestos contra tarifas de ônibus consideradas abusivas. Schwartz (2014, p. 125-126) lembra estes acontecimentos:

As manifestações sociais no Brasil iniciaram, de fato, no ano de 2012, em Natal, no estado do Rio Grande do Norte. A partir do aumento das passagens do transporte público urbano naquela cidade, a população se manifestou no mês de agosto e, ao final, conseguiu a reversão do acréscimo de R\$ 0,20 no valor instituído. E, ainda, no mês de maio de 2013, movimento semelhante ocorreu na cidade de Porto Alegre (Rio Grande do Sul) por razões e por valores semelhantes.

Os estudantes que protestaram contra as tarifas de ônibus inicialmente em Natal e depois em diversas cidades do país operaram, certo modo, uma revolução.

E muitas vezes a revolução pode começar de uma maneira e acabar de outra. Esses mesmos manifestantes que, inicialmente se debruçaram sobre as tarifas de ônibus, protestaram contra os gastos com a reforma do estádio Mané Garrincha para a Copa do Mundo no Brasil, que chegou a mais de um bilhão e meio de reais, sendo que a capital do país nem sequer possui times de expressão no futebol brasileiro (SCHWARTZ, 2014, p. 126). O que iniciou com protestos contra tarifas de ônibus desaguou em inconformidades generalizadas por todo o país contra gastos desnecessários do poder público.

No entanto, o conceito revolucionário nunca pode ser confundido com a guerra. Nesse sentido, Buzanello (2002, p. 159) destaca:

A guerra tem sido, através da história, o estímulo mais eficiente para o fortalecimento dos governos, como também tem provocado o desenvolvimento de tecnologias como a internet. A guerra tem especial aperfeiçoamento tecnológico. Hoje as guerras são antecedidas, preparadas e manipuladas pelos atores da guerra, pela imprensa e pela ideologia, como foi a chamada Guerra Fria.

Ao contrário do que se pode imaginar e como resultado do senso comum, as guerras não são fatores que, modo geral, visam melhorar a condição dos envolvidos.

Como citado acima, as guerras na maioria das vezes não visam modificar a condição de determinada sociedade, mas sim de fortalecer um governo que já é forte e que acaba se fortalecendo ainda mais.

Uma vez consolidados os conceitos pelos quais passa a chamada revolução e a sua diferenciação das guerras, deve-se atentar para os resultados de uma revolução bem-sucedida, especialmente no campo das ideias. Monteiro (2003, p. 84) esclarece:

As revoluções, que assim podem se chamar do ponto de vista social, deixam suas marcas cravadas nas idéias das sociedades, nas instituições, no pensamento político, na prática política, nas concepções de mundo, nas estruturas sociais. A revolução não se resume àquele momento efêmero e passageiro, em que ocorre a transição – muitas vezes violenta – do poder político. Ao contrário, ela se consolida com a solidificação das transformações por ela trazidas.

ou seja, ao contrário das guerras que muitas vezes trazem apenas destruição e caos acrescentando mínimas mudanças sociais com o máximo de custos e sacrifícios às sociedades, as revoluções, apesar de estarem envoltas muitas vezes em conflitos, deixam suas marcas nos sujeitos desses processos. Daí a sua importância e sobreposição a um estado de guerra que pode tão somente contemplar a barbárie e a desordem.

Portanto, as revoluções ditas burguesas, as que inauguraram um moderno Estado constitucional foram fruto da concentração demasiada do poder nas mãos dos monarcas nas nações que se envolveram nesse processo e, conseqüentemente, da insatisfação da sociedade com essa concentração de poder.

Cabe ressaltar, que os processos aqui narrados remetem ao Estado constitucional, tal qual se tem hoje com pequenas diferenças no mundo ocidental, mas, de forma positivada, garantidor dos direitos e garantias fundamentais.

Aqui, serão lembrados três momentos que, por assim dizer, inauguraram o chamado Estado Liberal burguês e que ocorreram em três países diferentes: Inglaterra, Estados Unidos e França.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 42) trazem o caso dos ingleses:

[...] a Inglaterra já possuía elementos essenciais para um moderno Estado constitucional, mesmo antes da declaração de independência dos Estados Unidos e da promulgação das constituições dos Estados Unidos, da França [...], todas ao final do século XVIII, visto que na Inglaterra já vigorava um

sistema de limites ao poder, um devido processo legislativo formal, um regime parlamentar dotado de uma representação popular, e mesmo existia um conjunto de garantias e liberdades civis assegurado por meio de documentos jurídicos quase-constitucionais [...].

Como se percebe, a delimitação do Estado Liberal contempla um processo que atravessa séculos. Primeiro na Inglaterra no século XVII, tendo como ponto culminante o *Bill of Rights* como fruto do processo a que se submeteu o país na tentativa de se estabelecer um Estado mais aberto e voltado para uma democracia. Os ingleses, após um processo longo de amadurecimento de suas leis, tornaram o seu país como o primeiro Estado de feição liberal.

Mas o termo “liberal” deve ser interpretado aqui como a contemplação de uma classe, uma fatia da sociedade inglesa da época. Comparato (2005, p. 48) explica:

No entanto, as liberdades pessoais, que se procuraram garantir pelo habeas corpus e o Bill of Rights do final do século não beneficiavam indistintamente todos os súditos de Sua Majestade, mas preferencialmente os dois primeiros estamentos do Reino: o clero e a nobreza. [...] a garantia dessas liberdades individuais acabou aproveitando e, muito, à burguesia rica. Pode-se mesmo afirmar que, sem esse novo estatuto das liberdades civis e políticas, o capitalismo industrial dos séculos seguintes dificilmente teria ocorrido.

Como se vê, dificilmente um fenômeno naturalmente revolucionário como a já citada Revolução Industrial, dificilmente teria se materializado caso esse levante da burguesia europeia não tivesse acontecido. E, mais uma vez, percebe-se que todo movimento revolucionário de sucesso, não depende tão somente de um ou outro fator, mas de um conjunto de fatores.

Mas é necessário pontuar definitivamente o que teve de revolucionário no processo do *Bill of Rights* inglês que o tornou tão importante assim, paralelamente à ascensão da burguesia. Pode-se afirmar que a verdadeira revolução (liberal) inglesa, por assim dizer, foi o surgimento da figura do Parlamento.

Os poderes de legislar e de criar tributos já não eram mais prerrogativas do monarca, mas acabaram entrando na esfera de competência do Parlamento inglês que, no exercício de suas funções acabou como um órgão eivado de garantias especiais de modo a preservar a garantia desse órgão político diante do chefe de Estado (COMPARATO, 2005, p. 90).

Isso foi, definitivamente, um rompimento com o *status* absolutista que imperava na Inglaterra em épocas anteriores. Era necessário desconcentrar da mão do monarca o excesso de poder que foi uma tradição secular em monarquias desse tipo.

Quase um século depois, em terras que foram colônias inglesas, os norte-americanos, após um processo de independência que tornou livre as colônias do litoral leste, estabeleceriam mais uma vez uma democracia burguesa em solo do Novo Mundo. Comparato (2005, p. 96) destaca:

Desde o início do século XVII, o núcleo colonial que acabou moldando a futura nação norte-americana – a Nova Inglaterra – constitui-se como sociedade tipicamente burguesa, isto é, como um grupo organizado de cidadãos livres, iguais perante a lei e cuja diferenciação interna só podia existir em função da riqueza material.

Os norte-americanos, por assim dizer, instituíram uma típica sociedade burguesa no Novo Mundo, calcada na produção através do trabalho e na concentração de riquezas. Mais uma vez, a revolução se consolidava como um processo de amadurecimento da sociedade e desaguava na independência de uma nação.

O modelo norte-americano é comparado ao modelo inglês, mas com algumas diferenças. Silva (2008, p. 154) traz:

Vê-se que, basicamente, a Declaração (norte-americana) se preocupava com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes. Os textos ingleses apenas tiveram por finalidade limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia do Parlamento.

Os norte-americanos deram um salto com a Constituição de 1787, consagrando direitos como a vida e a liberdade, tudo sob o consentimento do povo, os governados. A limitação do poder do governante, a separação dos poderes e o federalismo foram fatores modernamente revolucionários em uma Carta de direitos naquela época.

Outro fator que chamou a atenção no processo constitucional originalmente revolucionário norte-americano foi a consagração da supremacia da constituição e, mais, de um modelo que seria aderido por todas as colônias da Nova Inglaterra. Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 47) colocam:

Em geral, os novos estados independentes, mediante processo constituinte democrático, elaboraram sua própria constituição e/ou declaração de direitos, prevalecendo, em regra, a noção de que é a constituição que precede o governo e constitui, além disso, a base e a medida da legislação [...], o modelo embrionário de uma ordem republicana dotada de constituição escrita [...].

Sendo assim, os norte-americanos foram precursores do chamado *government by consent* (governo sob o consentimento popular), ou seja, a supremacia da ordem constitucional não deveria ser quebrada e todos os direitos e garantias previstos nela deveriam ser interpretados como sagrados.

Anos mais tarde, outra revolução, esta operada no campo das idéias e ideais, mas também com muita luta armada acabou ocorrendo na França. A Revolução Francesa de 1789 veio a ocorrer na esteira dos acontecimentos da independência norte-americana.

O grande movimento que eclodiu na França em 1789 não cuidou apenas da derrubada da ditadura de Cromwell ou dos Stuart na Inglaterra, o que se solidificou mais tarde com a *Glorious Revolution* e o *Bill of Rights* de 1689 naquele país. Nem tão pouco encerrou uma fase de colonialismo como no caso dos Estados Unidos, que viram na sua revolução, a libertação das colônias como um autêntico ato revolucionário, tendo em vista que o rei Jorge III acabou se tornando um tirano, um déspota usurpador e havia, por assim dizer, uma necessidade de independência (COMPARATO, 2005, p. 124-125).

O movimento denominado de Revolução Francesa cuidou de uma mudança radical dos sistemas e subsistemas, estruturas e subestruturas de uma sociedade inteira. Em apertada síntese, foi uma renovação completa de uma sociedade que, literalmente, estava disposta a nascer novamente.

Assim no sentido de que, para fundar essa nova sociedade, revolucionária por natureza, foram destruídos monumentos históricos e obras de arte o que, para os líderes da revolução, representavam o antigo regime. Igualmente, foi inaugurado um novo calendário que veio a substituir o antigo calendário cristão, que teve como Ano I, 1792, mais precisamente 22 de setembro, dia seguinte ao início dos trabalhos para a nova constituição que se aproximava (COMPARATO, 2005, p. 126-127). Foi como se a história estivesse sendo reescrita pelos revolucionários franceses de 1789 nos anos seguintes.

No entanto, o famoso trio de garantias que adveio com os revolucionários insurgentes, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, não significava exatamente um rol de conquistas públicas dos cidadãos em face do Estado. Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 49) expõem:

As exigências do ideário liberal burguês foram delineadas na Declaração de Direitos, documento jurídico que representava ao mesmo tempo um manifesto contra a sociedade hierárquica e os privilégios da nobreza, muito embora estivesse longe de poder ser considerado um libelo em prol de uma sociedade democrática e solidária.

Ou seja, os franceses, na tentativa de se romper com a ordem anteriormente vigente com ideais libertários, fortalecido pelo ideal do chamado “Terceiro Estado”², em meio à sangrenta revolução que fizeram, não alcançaram a plenitude do trinômio *liberdade, igualdade e fraternidade*.

Cabe destacar também que a simples denominação de “Estado Constitucional” não é garantia do respeito aos elementos essenciais do constitucionalismo moderno. De fato os primeiros textos constitucionais franceses, não traziam nada sobre a independência do Judiciário, o governo limitado nem tão pouco a proteção da constituição. Tais elementos só foram incorporados ao longo do tempo, em sucessivas constituições (SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2013, p. 50).

Tendo em vista esses três momentos da história moderna do constitucionalismo, ficaram, de modo geral, acertadas as bases para um movimento constitucionalista que se repetiria ao longo dos tempos no mundo ocidental e que até ganhou uma denominação derivada das teorias de Copérnico.

O chamado movimento heliocêntrico na astronomia, que consiste em um movimento cíclico e necessário dos astros, notadamente o movimento orbital dos planetas em torno do sol³, foi parar no constitucionalismo contemporâneo com a repetição, na atualidade, de direitos e garantias, pactos federativos, separação de poderes, dentre outros, direitos outrora conquistados com esses três movimentos constitucionais, sem exclusão de quaisquer movimentos de semelhantes características.

² O Terceiro Estado era a composição da nobreza, do clero e o povo comum. SARLET; MARINONI; MITIDIERO, Ob. Cit., p. 50.

³ COMPARATO, Ob. Cit., p. 124.

Talvez no tocante aos direitos e garantias, os movimentos que fundaram as bases do Estado Liberal burguês citado aqui, tenham levado adiante em suas constituições aspectos comuns. Os ingleses, não pelo tempo que se deu a modificação de suas bases, mas pelo pioneirismo em sede de conquistas de direitos; os norte-americanos pela criação de uma constituição verdadeiramente voltada ao povo; e os franceses pela ruptura total com o passado, têm em comum, o desprezo pelo antigo modelo estamentário europeu, que dava privilégios à aristocracia e concentrava por demais o poder nas mãos do governante.

E, como um reflexo desses movimentos, surgiu de forma constitucionalizada, uma base de direitos fundamentais, especialmente no tocante às liberdades negativas – direitos de primeira dimensão. E, em meio a esses direitos, o chamado direito de resistência ao Estado como uma evolução do chamado direito à revolução. É o que se passa analisar a seguir.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO DIREITO DE RESISTÊNCIA AO ESTADO

Os três movimentos constitucionais que serviram como base para estabelecer o exercício do direito de revolução, assim como o próprio direito de revolução que, como se viu, pôde operar em diversos sistemas e subsistemas, das mais variadas formas trouxeram, para dentro de cartas constitucionais direitos e garantias, em especial, que resguardassem os destinatários da norma constitucional, o povo, da usurpação e da tirania.

Sendo assim, após os direitos fundamentais passarem por uma fase de amadurecimento ao longo dos tempos, sendo invocados em diferentes momentos históricos por diversos autores, com o surgimento do Estado Liberal burguês pode-se mencionar que esses direitos possuem certa “paternidade” histórica. Sarlet (2006, p. 51) destaca:

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

Desta forma, em um único conceito, restam reunidos os três movimentos constitucionais como um marco formal de iniciação de uma era dos direitos fundamentais.

Esses direitos, divididos em dimensões ou gerações e, aqui já introduzindo os direitos negativos ou de primeira dimensão, que foram os que protegeram os cidadãos das ilegalidades e abuso de poder praticado pelo Estado, são os que se destacam na presente abordagem. Esses direitos são classificados por Silva (2008, p. 183) como individuais:

[...] que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como direitos individuais [...].

Como afirmado acima, esses direitos no que tange ao Estado, devem estar ao lado do cidadão para servir como uma forma de luta contra os prováveis atos de tirania e/ou usurpação que praticar o Estado. Dessa forma, amparado nesses direitos, o indivíduo estará apto a se mostrar como oponente ao Estado, especialmente quando houver opressão.

Dessa forma, em uma clara evolução do já mencionado direito à revolução, surgiu, nos documentos solenes liberais, o chamado direito de resistência à opressão como mais uma liberdade negativa dentre outras (vida, liberdade, dentre outros).

No entanto, necessário fazer lembrar, que o direito de resistência encontra suas raízes históricas em documentos mais antigos que as constituições liberais. Monteiro (2003, p. 81-82), com propriedade, explana:

Já Magna Carta do Rei João Sem Terra, de 1215, assegurava o direito de o povo se revoltar e se insurgir quando o príncipe não cumprisse as obrigações as quais se vinculava. Na Alemanha, [...], o mais antigo texto jurídico, o *Sachsenspiegel*, prevê que ‘o homem deve opor-se a seu rei e a seu juiz quando este comete injustiça e, inclusive, ajudar a resistir-lhe por todos os meios’. Da mesma forma [...], a Carta húngara – a Bula de Ouro – de 1222 [...].

Esses documentos também não excluem os católicos e protestantes que, ao seu modo exerceram também o direito de resistência e que, mesmo que de forma breve, merecem lembrança.

Esses exemplos, bem mais antigos do período que está sendo narrado, embora já trouxessem um direito de resistência, eram manifestações de resistência de cunho não liberal, se fixavam no passado distante e não contemplavam a sistemática organizacional da divisão do poder de forma institucionalizada, o que somente veio a ocorrer com os movimentos constitucionais modernos e que acabou se repetindo em documentos

constitucionais contemporâneos.

Uma das manifestações mais antigas do direito de resistência foi o tiranicídio, ou seja, o afastamento do tirano do poder, uma espécie de legítima defesa do povo. Buzanello (2002, p. 03-04) coloca que “o direito de resistência até o medievo, nesse período histórico, vai confundir-se com a noção de tiranicídio, enquanto direito do povo de afastar o tirano pela morte, aliado a uma rebelião armada”. Retirar do poder o governante déspota pela morte era condição legal, lícita em determinadas sociedades.

Em um conceito mais atual e, antes de citar os norte-americanos e os franceses e seus documentos constitucionais que positivaram ou não o direito de resistência, cumpre destacar que John Locke deu sua contribuição contratualista para esse direito. O próprio Locke (1976, p. 155) traz que “*Unicamente debe oponerse la fuerza a la fuerza injusta e ilegal. Quien en cualquier otro caso opone resistencia atrae sobre sí mismo la justa condenación de Dios y de los hombres*”.

O conceito, ainda encerrado dentro de um universo jusnaturalista (Locke afirma que Deus, junto com os homens, pode condenar justamente alguém que opõe resistência de forma injusta), é a contribuição metafísica dos ingleses ao direito de resistência. Garcia (2004, p. 162) acrescenta:

Locke partirá, como Hobbes, do estado natural e do contrato original dando-lhes, porém, uma nova expressão, que lhes permitirá erigir em regra a distinção do poder legislativo e do poder executivo para terminar numa limitação toda terrestre, toda humana do poder [...].

Dessa forma, Locke e seus escritos sobre o governo civil se detiveram em caracterizar esse direito como essencial de uma constituição, que divide poderes e estabelece limites entre governantes e governados.

De igual maneira no tocante ao direito positivo, o direito de resistência ao Estado opressor ficou caracterizado em várias constituições que se seguiram após os movimentos liberais.

A Declaração de Independência norte-americana trouxe em seu texto a previsão de afastamento do governante quando esse se mostrasse usurpador ou tirânico. Na mesma esteira, constituições estaduais nos Estados Unidos seguiram na mesma linha como Massachusetts, de 1780, Maryland e, já em 1902, o estado da Virginia (SAUERESSIG, 2008, p. 66-67). Talvez os norte-americanos tenham colocado essa proteção à usurpação

e à tirania em seus textos tendo como base o estressante fim do colonialismo usurpador e tirânico dos ingleses, experiência que os levou à independência.

Da mesma forma, os franceses, em 1791, primeiramente como um direito e, mais tarde, em 1793, como um dever, estabeleceram o direito de resistência de forma positivada, como um reflexo e um amadurecimento da revolução experimentada por eles em 1789. No entanto, em 1795, houve claro retrocesso no tocante a este direito, pois o país se dedicou a um nítido esforço constitucional de obediência às leis. Como em 1795, no documento de 1799, houve silêncio no tocante a este direito, que veio a reconquistar o seu espaço somente no século XIX, em 1814 (SAUERESSIG, 2008, p. 68-69).

Ou seja, os franceses, em nítida confrontação da necessidade ou não de se estabelecer resistência ao poder em documentos formais, não sacramentaram o direito de resistência à opressão como uma liberdade de primeira dimensão de forma constante em seus documentos constitucionais pós-revolução de 1789.

Dessa forma, dos três movimentos liberais explanados aqui, resta aos ingleses uma paternidade no tocante ao direito de resistência com as teses de John Locke; aos norte-americanos a positivação desse direito como expoente máximo da Independência; e aos franceses como um dos pilares de sua Revolução, mesmo que de forma inconstante no decorrer de suas constituições.

De forma sintética, de forma moderna, pode-se afirmar que o direito de resistência foi mais um direito conquistado na esfera dos direitos fundamentais, garantidor das liberdades civis e políticas do indivíduo como um reflexo dos movimentos ditos revolucionários que impulsionaram o Estado Liberal a partir do século XVII através de documentos constitucionais solenes e teses de pensadores mancomunados com a não aceitação de uma ingerência demasiada do Estado na vida civil.

O direito de resistência à opressão, ao passo que o homem e, conseqüentemente, a sociedade, foram evoluindo, acabou desaguando em outro direito, esse mais atual e menos conflituoso.

A desobediência civil foi um desdobramento da resistência, assim como essa foi fruto do direito à revolução, e será mais bem delineada a seguir.

4 DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL E DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em meio ao processo expansionista dos Estados Unidos da América, no século XIX, um processo que levou mais ou menos meio século para se consolidar, a anexação de territórios até então não pertencentes aos norte-americanos, se deu de formas distintas. Alguns territórios foram comprados e outros conquistados, esses últimos através de guerras com outras nações ou com povos indígenas.

Em 1846, os norte-americanos declararam guerra ao México. Mas nem todos os membros da então jovem sociedade norte-americana estavam de acordo com o processo expansionista. Dentre eles, Henry David Thoreau, que foi preso pelo não pagamento de impostos pelo motivo de que estes impostos alimentariam a guerra. Davidson (2017, p. 147) traz:

Henry David Thoreau, um transcendentalista, foi encarcerado por um breve período por se recusar a pagar impostos porque os Estados Unidos não iriam ‘desistir da guerra e da escravidão’. O ensaio de Thoreau, *A desobediência civil*, argumentava que era correto se opor a guerras que fossem moralmente erradas.

O manuscrito escrito por Thoreau e que influenciaria mais tarde o pensamento no século XX, proclamava uma “não ação” ou um “não agir” (*non agere*) de forma legal como forma de resistir a situações impostas pelo Estado, no caso a guerra, mas que não representaria o pensamento político dos cidadãos ou pelo menos de uma parcela deles.

Evidente que o contexto a que se opôs Thoreau levou a sua obra a se consolidar como um manuscrito pacifista.

O título em inglês, *On the Duty of Civil Disobedience*⁴ traz esse instituto não como um direito e sim, como um dever (*duty*). A idéia de Thoreau é no sentido de que, ao invés dos cidadãos exercerem ou terem a sua disposição um direito de resistir ou de desobedecer a um comando estatal que não concordem, têm eles, o dever de se oporem de forma pacífica a esse comando.

⁴ GARCIA, Ob. Cit., p. 265.

Como colocado no início do presente trabalho, a revolução pode operar no campo das ideias, ideais e, quando assim se fizer necessário, no campo de batalha. O próprio Thoreau (2017, p. 32) destaca:

Quando o súdito recusar a sua lealdade e o funcionário demitir-se de seu cargo, então a revolução terá se realizado. Mas suponhamos até, que deva correr sangue. Já não se derrama uma espécie de sangue quando a consciência é ferida? Através deste ferimento esvai-se a verdadeira coragem e imortalidade de um homem, e ele sangra até a morte.

A obra de Thoreau está repleta de máximas anti-estatais e que prega um não agir de forma a resistir contra a opressão. Ao contrário do direito de resistência que encontra suas bases em movimentos como o tiranicídio, a desobediência de Thoreau é não concordar com tudo que o Estado prega como legítimo, mesmo que sob o manto da legalidade.

Autor de frases em seu ensaio como “O melhor governo é o que absolutamente não governa”⁵; “Penso que devemos ser homens em primeiro lugar e depois súditos”⁶; “Há novecentos e noventa e nove defensores da virtude para cada homem virtuoso”⁷; e sobre a prisão, que no seu caso, julgava injusta, pois os impostos que não pagou deveriam ser revertidos para financiar a guerra mexicano-americana: “[...] o único lugar num Estado escravo em que um homem livre pode viver com honra”⁸, Thoreau fez história no pensamento da sua época.

Esse pensamento acabou se espalhando. Mais tarde, já no século XX, figuras como Gandhi, Luther King e Nelson Mandela, explanaram sobre a desobediência de Thoreau em seus sistemas sociais contaminados pela opressão estatal. Definitivamente, o pensamento político crítico do norte-americano nascido em Massachusetts, acabou sustentando causas pacifistas ao redor do mundo.

Uma vez brevemente fixadas as raízes da desobediência civil, cumpre destacar sua aplicabilidade na Constituição Federal de 1988, ou melhor, seu caráter implícito. Isto porque, o antigo direito de resistência apesar de ter sido levado à votação para ser incluído na Constituição de 1988 acabou por ficar de fora.

⁵ THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. Porto Alegre: L&PM, 2018, p. 07.

⁶ Idem, p. 10.

⁷ Idem, p. 18.

⁸ Idem, p. 31.

Dessa forma, no rol não exaustivo nem taxativo do art. 5º, foram incluídos direitos como a vida, a propriedade, a igualdade, a liberdade, dentre outros sacramentados nas revoluções burguesas de outrora. E nesse mesmo artigo 5º foi incluído um dispositivo de recepção de outros direitos não catalogados no texto constitucional de 1988, o parágrafo segundo: “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”.

Como se percebe esse dispositivo dá ampla margem de receptividade a direitos alienígenas, não prescritos no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro, alavancando a recepção de normas outras que não aquelas do art. 5º. Daí a justificativa na unanimidade da doutrina constitucional de que o rol de direitos e garantias se mostra como não taxativo nem exaustivo, ou seja, o ordenamento constitucional brasileiro tem norma positiva de recepção de outros direitos.

Essa recepção não catalogada mostra que a Constituição Federal de 1988 dá vazão à recepção de direitos fundamentais no sentido material, calcada em princípios constitucionais (TAVARES, 2003, p. 57-58). Caso houvesse a interpretação apenas formal desses direitos não se poderia afirmar que outros direitos encontrassem fundamentação constitucional, pois, os tribunais brasileiros se limitariam a aplicar apenas aquilo que estaria dentro do rol do art. 5º.

Essa redação do texto constitucional brasileiro encontra suas raízes históricas na IX Emenda à Constituição norte-americana: “A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo”. Redações similares apareceriam em todos os textos constitucionais brasileiros (exceto 1824), com pequenas modificações (GARCIA, 2004, p. 212-214).

Dessa forma fica evidente que uma Constituição como um documento de grande importância para tutelar direitos e, mais, garantir esses direitos, não pode se limitar ao seu conteúdo explícito, mas, igualmente, estar aberta a uma interpretação.

Essa norma aberta, que dá receptividade a direitos e garantias constitucionais outros, de fora do ordenamento jurídico nacional, é o que dá sustentáculo para a recepção da desobediência civil no texto constitucional brasileiro. Garcia (2004, p. 235) expõe:

É factível, todavia, identificar e localizar, dentro dessa amplitude, determinados direitos ou garantias que se demonstrem desde logo compreensíveis no sistema do regime e princípios adotados pela Constituição – o que objetiva [...] relativamente à possibilidade da inserção, entre os direitos e garantias fundamentais, do direito de desobediência civil.

A ideia nascida inicialmente com Thoreau ganha *status* de norma constitucional por força da abertura da Constituição de 1988 no já referido art. 5º, parágrafo segundo. Garcia (2004, p. 110-111) complementa:

O ‘caráter aberto e amplo’, ‘o caráter incompleto da Constituição’ [...] encontram as perspectivas da Constituição como *sistema* e avançam na problemática das lacunas. [...]. Assim [...] a Constituição pode deixar de regular determinado âmbito vital ou fazê-lo em alguns aspectos tão-somente, e, por outro lado deixar determinadas questões [...] com o fim de largar espaço à discussão, decisão e configuração; [...].

Ou seja, o texto constitucional como um sistema aberto, uma ordem aberta, não deve contemplar todo o conteúdo potencialmente constitucional pelo motivo de que, muitas vezes, algumas questões devem ser debatidas, trazidas ao jogo jurídico de forma interpretativa de acordo com o ambiente.

Identifica-se a Constituição de 1988 como um sistema ora aberto ora fechado, similar aos estudos da autopoiese que foi aperfeiçoada por Niklas Luhmann da Biologia para o Direito. Portanto os sistemas psíquicos e sociais (por exemplo, uma ciência social como o Direito), são diferentes dos sistemas orgânicos (como a Biologia), pois estes últimos, se produzem, se transformam, se destroem e se regeneram sem a necessidade de influência do ambiente. Neves (2011, p. 127) conceitua autopoiese como sendo “etimologicamente do grego *autós* (‘por si próprio’) e *poíesis* (‘criação’, ‘produção’)”.

Rocha, Schwartz e Clam (2005, p. 38) conceituam de forma didática: “O sistema autopoietico é aquele que é simultaneamente *fechado* e *aberto*, ou seja, é um sistema que tem repetição e diferença, tendo que equacionar no seu interior esse paradoxo, que os operadores do direito vão usar como critério para tomar decisões”. A Constituição de 1988, em específico no que tange às cláusulas pétreas, opera exatamente dessa forma, ora como um sistema fechado (rol do art. 5º, por exemplo) ora como um sistema aberto (art. 5º, parágrafo segundo).

Além de a Constituição ser debatida como um sistema, igualmente para recepcionar a desobediência civil, deve estar disposta a uma interpretação pluralista,

aquilo que nas palavras de Häberle (1997, p. 09), mostra-se como uma interpretação constitucional que é feita por vários sujeitos como “cidadãos e grupos de interesses, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...]” que ajudariam a moldar a hermenêutica constitucional da atualidade.

Sendo assim, primeiramente por considerar a Constituição como uma ordem aberta, surge, necessariamente, a participação popular para dar sentido e interpretação à Constituição. Häberle (1997, p. 33) continua:

Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.

Dessa forma, se tem que o processo de interpretação da Constituição é para todos e, mais que isso, pode ser feito por todos.

Sendo assim, a desobediência civil é um instrumento que deriva de uma interpretação constitucional e é aplicado de forma que os intérpretes da Constituição se possam valer dele como direito e como um dever (relembrando Thoreau) diante de situações merecedoras de um não agir legal como forma de tentar mudar o panorama social vigente.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho se viu que a desobediência civil apesar de não estar positivada na Constituição Federal de 1988, sua receptividade se dá através de cláusula aberta do art. 5º, parágrafo segundo do texto brasileiro.

O início de uma aceitação da desobediência como direito se deu, como se viu, através do chamado direito à revolução que conduziu diversos povos a mudanças sociais bruscas em suas sociedades.

Como se destacou, a revolução trazida aqui não se limita a conflitos bélicos, mas, e esse é o ponto mais importante desse período, também ao campo das ideias e ideais como narrado. O direito de revolução foi um instrumento precursor da desobediência.

Como fruto desse direito à revolução, após as revoluções liberais burguesas, houve a catalogação dos chamados direitos fundamentais em uma transição do jus naturalismo para o jus positivismo. Junto com os direitos de primeira dimensão nasceu o direito de resistência ao Estado opressor e tirânico. A revolução ganhou nesse período uma renovação enquanto direito, passando a figurar em alguns textos constitucionais como um legítimo direito de resistência ao Estado.

Finalmente, foram trazidas as bases teóricas da desobediência civil que remontam ao dever de desobediência de Henry David Thoreau, bem como sua não positivação pelo texto brasileiro, mas, e de entendimento de vários doutrinadores, sua aceitação na ordem brasileira.

Ao final, como resultado, se teve que a desobediência civil além de ser um direito fruto de um evolucionismo e de uma teoria pacifista (Thoreau) merece sim recepção pela Constituição Federal de 1988 e, como qualquer direito fundamental catalogado, deve ser encarado como válido pelo sistema aberto de recepção de normas (art. 5º, parágrafo segundo) que o ordenamento constitucional brasileiro admite existir.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, P. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUZANELLO, J. C. **Direito de resistência constitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, D. J. da. **Curso de hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DAVIDSON, J. W. **Uma breve história dos Estados Unidos**. Porto Alegre: L&PM, 2017.

GARCIA, M. **Desobediência civil: direito fundamental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HÄBERLE, P. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LOCKE, J. **Ensayo sobre el gobierno civil**. Madrid: Aguilar, 1976.

MONTEIRO, M. G. **O direito de resistência na ordem jurídica constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEVES, M. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. **Introdução ao sistema autopoietico do direito.**

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SAUERESSIG, J. **O direito fundamental de resistência e a Constituição Federal de 1988.** Dissertação (Dissertação em Direito) – URI Santo Ângelo. Rio Grande do Sul, 2008.

SCHWARTZ, G. **Direito e Rock: O BRock e as expectativas normativas da Constituição de 1988 e do Junho de 2013.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2008.

TAVARES, G. de O. **Desobediência civil e direito político de resistência: os novos direitos.** Campinas: EDICAMP, 2003.

THOREAU, H. D. **A desobediência civil.** Porto Alegre: L&PM, 2018.

WEBER, M. **A ética protestante e o espírito do capitalismo.** São Paulo: Martin Claret, 2013.