

A DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

THE CIVIC DISOBEDIENCE AS CONSTITUTIONAL DEFENSE

MARIA GARCIA

Professora de Direito Constitucional e Direito Educacional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Vice-presidente do curso de pós-graduação da PUC-SP. Professora da Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC. Procuradora do Estado aposentada. Ex-assessora jurídica da Universidade de São Paulo – USP. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A liberdade – 3. A lei: “educadora do povo” (Platão) – 4. A lei: “uma aventura da razão” – 5. A lei: “inimiga da liberdade” – 6. “O dever da desobediência civil” – 7. A desobediência civil e a Constituição – 8. A Constituição como processo e a desobediência civil – 9. “Pedra de toque do Estado Democrático de Direito” (Habermas).

RESUMO: Este ensaio compreende uma reflexão sobre a desobediência civil, hoje, como um direito da cidadania. O confronto entre “lei” e o produto da razão humana, uma conciliação entre ordem e “caos” (transformações sociais), “educador do povo”, segundo Platão, é a forma como foi elaborado, no interesse de libertar-se do inimigo. Diante disto, a tarefa da desobediência civil sobre o cidadão, opondo-se à lei, de forma característica, é a de converter-se em instrumento de defesa da Constituição. A desobediência civil originou-se do direito de resistência, historicamente, em tempo bem remoto, moldado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, n. 2: “o propósito de uma associação política é a de manter os direitos naturais e imprescritíveis. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência perante a opressão”.

PALAVRAS-CHAVE: Desobediência civil, Liberdade, Opressão, Direitos naturais, Igualdade.

ABSTRACT: The essay includes a reflection on civil disobedience, today seen as a right of citizenship. A confrontation between the “law” as the product of human reason, and a conciliation between order and “chaos” (social transformations), “educator of the people”, according to Plato and the manner that has been defined, sometimes as “the enemy of liberty”. From there the essay looks at the citizen’s duty of civil disobedience; to oppose the law, and who as a result, becomes an instrument in defence of the Constitution. The origins of civil disobedience come from the distant historical right of resistance, which led to the Human and Citizen Rights’ Declaration of 1789, n. 2: “The purpose of any political association is the maintenance of human, natural and eternal rights. Those rights are liberty, property, security and resistance against oppression”.

KEYWORDS: Civil disobedience, Freedom, Oppression, Natural rights, Equality.

Recebido para publicação em fevereiro de 2003.

1. Introdução

Habermas chama à desobediência civil “a pedra de toque do Estado Democrático de Direito”.¹ No seu estudo, traça um nítido paralelo entre as permanentes exigências de legitimidade da atividade estatal nos seus múltiplos aspectos e a tendência para um “legalismo endurecido”.

Justificando a desobediência civil – “que é algo distinto do chamamento em favor da desobediência civil” – e que a decisão de correr um risco dessa natureza pertence a cada qual: o “direito” à desobediência civil, sublinha, “se encontra com toda a evidência na divisa entre a legitimidade e a legalidade: “Y el Estado de derecho que persigue la desobediencia civil como si fuera un delito común incurre en la resbaladiza pendiente de un legalismo autoritario”.

Conforme explicita, a história europeia dos direitos fundamentais forma um processo de aprendizagem coletivo, “interrompido por derrotas”. E indaga se terminaram tais processos de aprendizagem. Visto desde essa perspectiva histórica – o Estado de direito aparece no seu conjunto, não como uma construção acabada, senão como uma empresa acidentada, irritante, adaptando-se a circunstâncias cambiantes: “como quiera que este proyecto está sin terminar, los órganos constitucionales participan en cierto modo de esse carácter irritante”.

Precisamente Dworkin, refere, situa a desobediência civil nessa ordem de coisas: “dado que el derecho y la política se encuentran en una adaptación y revisión permanentes, lo que aparece como desobediencia *prima facie* puede resultar después el preanuncio de correcciones e innovaciones de gran importancia.

En estos casos – la violación civil de los preceptos son experimentos moralmente

justificados, sin los cuales una república viva no puede conservar su capacidad de innovación ni la creencia de sus ciudadanos en su legitimidad”.

Precisamente, pelos demandados fatores de legitimidade, a lei e a atividade estatal devem considerar-se sob a constante atuação dos cidadãos, por todos os meios inerentes à própria cidadania.

Gerardo Mello Mourão² lembra a imolação da filha de Édipo – que se submete à morte ao dar sepultura ao irmão Polínice – contra o édito real “e funda, com esse gesto, a teoria da legitimidade da lei e da liberdade, sobre a qual se construiu toda a civilização do mundo ocidental”.

Discorrendo sobre a coerção legal da moralidade, Hart³ chega a levantar uma questão referente à possibilidade e às formas da crítica moral ao Direito, indagando: “a admissão de que uma norma é uma regra legal válida impede que essa norma possa ser condenada segundo os padrões e princípios morais?” E comenta, em seguida: “Possivelmente poucos dos que me ouvem podem entender a eventual existência de uma contradição ou de um paradoxo na afirmativa de que uma regra legal considerada válida venha a colidir com princípios morais, pretendendo um comportamento contraditório àquele exigido pela norma legal”.

Maria Helena Diniz⁴ igualmente enfatiza “a essência ética da norma jurídica: comando voltado para o comportamento humano, como ordem de ‘dever ser’, a norma jurídica pertence à ordem ética que tem por objeto as ações humanas”.

A Lei

“Entre o forte e o fraco é a liberdade que oprime, é a lei que liberta.”

PASCAL.

*“Vem da noite dos tempos a lição
de que a lei é uma dádiva dos deuses
enternecidos ao verem os homens
perdidos na violência e na ambição.*

*Desde então há perene tentativa
de regar preservando a liberdade,
de se instituir o liame do contrato
como expressão de livre iniciativa.*

*O risco e a beleza do direito
repousam nessa díade incindível:
equilíbrio entre a norma e o seu sujeito.*

*O tormento, porém, desse ideal
é que o homem, autor e destinatário,
é uma balança entre o bem e o mal.”*

MIGUEL REALE.

Conforme bem ressalta Dennis Lloyd⁵ a lei impõe restrições às atividades humanas e parece paradoxal que a idéia de liberdade se coadune com a da lei.

Com efeito, destinando-se a regular condutas, a lei mais restringe do que expande direitos.

Aparente o paradoxo, sublinha Lloyd, dado que se trata do homem como ser social, numa inter-relação complexa com os demais membros da comunidade. “O famoso *cri-de-coeur* de Rousseau – ‘o homem nasce livre; mas por toda a parte está acorrentado’ – pode ter derivado da noção romântica de que o selvagem vive uma vida de liberdade e simplicidade primitivas, mas, na prática – como o próprio Rousseau percebeu – o homem nunca está isolado e livre nesse sentido, mas é sempre parte de uma comunidade e o grau de liberdade de que goza ou a extensão das restrições sociais que lhe são impostas dependerão da organização social de que é membro”.

2. A liberdade

Já em outra oportunidade⁶ ressaltamos o pensamento de Hannah Arendt de que o verdadeiro conteúdo da liberdade não são as conquistas da igualdade, da possibilidade de reunião, o direito de petição, as liberdades que hoje associamos ao governo constitucional – “às quais poderíamos acrescentar nossas próprias aspirações a sermos libertados da penúria e do medo” – todas essas conquistas que são, de fato, “essencialmente negativas”, são produtos da libertação, mas “não constituem, absolutamente, o verdadeiro conteúdo da liberdade, a qual significa participação nas coisas públicas ou admissão ao mundo político.”⁷

A liberdade como “opção política de vida” – envolve, primeiramente, a questão da obediência, entrevista, neste caso, como convicção ou convencimento e não a “servidão voluntária” (La Boétie), a qual relaciona ou implica alienação e dominação.

Conforme Isaiah Berlin,⁸ a questão central da política é a questão da obediência e da coerção. “Por que devo (eu ou qualquer pessoa) obedecer a alguém?” “Por que não devo viver como me agrada?” “Preciso obedecer?” “Se eu desobedecer, poderei ser coagido?” “Por quem e até que ponto e em nome de quê e em favor de quê?” são as inquirições que se faz e que centralizam a questão da liberdade.

“Em outras palavras: por que obedecer?” – pergunta Celso Lafer.⁹ “A filosofia política, como lembra Passerin d’Entrèves, procura responder a esta pergunta – por que obedecer? – pelo estudo da natureza e da validade da obrigação política proposta por diversos modelos alternativos”. A resposta não é uma e a mesma, requer o concurso da opinião pública que, se inexistente, leva à desintegração do sistema político – e o jurídico, por consequência – e pressupõe a

legitimidade, aceitação com convicção, além da própria legalidade. “O sistema jurídico e político contêm um elemento de valor no qual está embutida a noção de legitimidade que confere título para o exercício do poder”. O *poder*, tenta defini-lo Lafer, como uma combinação de relações de força e de autoridade que provém de um agir conjunto.

A questão da *autoridade* – a origem da coerção – e, conforme ressalta José Celso de Mello Filho,¹⁰ “*liberdade e autoridade* são conceitos situados em planos opostos e que se acham em permanente estado de tensão dialética cujos movimentos podem levar ao desequilíbrio da anarquia (se prevalecer apenas a liberdade) de um lado ou, do outro, ao totalitarismo (se subsistir exclusivamente a autoridade)”.

“El orden político”, diz Proudhon,¹¹ “descansa en dos principios conexos, opuestos y irreductibles: la autoridad y la libertad” – uma lei necessária a qual “consiste en que siendo el principio de autoridad el que primeramente aparece, y sirviendo de materia elaborable a la libertad, a la razón y al derecho, queda crescientemente subordinado al principio liberal, racionalista y jurídico”.

Em lúcido comentário sobre a obediência e “seus perigos graves”, Walter Ceneviva¹² alude à necessidade de disciplina nas organizações, como é a sociedade política e aos perigos, muitas vezes graves, da obediência, em especial quando se cuida da relação entre os cidadãos e os governos – e aí chega o problema da *lei*, produto racional da autoridade – trazendo à reflexão o entendimento de Laski, ao ponderar que toda lei corresponde ao término de um processo indutivo de elaboração, mais ou menos demorado, durante o qual os legisladores se guiaram por suas próprias convicções, supondo que elas representavam o interesse da sociedade.

A lei expressaria, portanto, a interpretação do legislador a respeito desses interesses, “os quais – convém precisar – nem sempre coincidem com os defendidos pela maioria do povo.”

No entanto, “o homem é um ser para-a-liberdade”¹³ e quando em sociedade (porquanto o questionamento da liberdade somente existe em estado de sociedade) defronta-se com a autoridade, com o poder do Estado, como organização jurídica da coexistência social – e, com o Estado, a *lei*.

3. A lei: “educadora do povo” (Platão)

Conforme refere Werner Jaeger,¹⁴ Platão escreve *As leis* num esforço consciente para impregná-las com a idéia da educação, no objetivo de que pudessem cumprir, na realidade, a tarefa que o Estado ateniense havia designado à lei, nos tempos de Péricles: ser a educadora do povo. Platão queria, ademais, fazer coincidir suas *Leis* com a norma ideal da verdadeira justiça, tal como a concebia filosoficamente:

“En otras palabras: eran las suyas las primeras leyes escritas con la mirada puesta en la renovación de una gran tradición jurídica, según las exigencias de la filosofía jurídica”.

Daí suas indagações sobre a natureza da lei e a autoridade da lei, fazendo-a derivar de uma fonte que lhe desse suprema validade: essa fonte é a “reta razão” (*orthos logos*) e o legislador, o sábio que põe essa razão por escrito. O consentimento do povo converte essa palavra escrita em *lei*:

“La ley es, por tanto, pensamiento razonado (*logismós*) que se há convertido en *dogma poleos*, es decir, que há sido sancionado por la ciudad (...) y al convertir su *logos* en ley, la comunidad se hace capaz de funcionar y cooperar consigo misma y con otros Estados.”

4. A lei: uma aventura da razão¹⁵

Assim consideramos a conciliação entre poder e liberdade: *a lei* representa essa conciliação.¹⁶

Na experiência do Direito existe uma *intrínseca exigência de racionalidade*, refere Miguel Reale,¹⁷ o que, no caso especial da experiência jurídica se traduz no surgimento da norma de direito como modelo racional de conduta e no constituir-se o ordenamento jurídico como *sistema* orgânico de modelos e ações.

Elo que relaciona juridicamente poder e liberdade, Estado e indivíduo – a lei, no entanto, somente poderá representar esse elemento de conciliação quando tender à realização da Justiça – à qual ascende o Direito.

Como quer, ademais, Kelsen: compondo um ordenamento jurídico que possa assegurar a paz social – que outra não é, conforme afirma, senão o resultado da justiça, no mais elementar e autêntico dos seus conceitos: “*Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuendi*”.¹⁸

5. A lei: “inimiga da liberdade”

Contudo, é Enterría¹⁹ quem expõe o *problema da lei* – entendida primeiramente como o escudo da liberdade e, hoje, quando passou a ser um dos seus “mais terríveis inimigos”.

Conforme refere, a lei passou a ser, em nossas complexas estruturas sociais, um simples meio técnico de organização coletiva, de modo que pode “não só não fazer nenhuma referência à justiça, senão muito mais, pode também converter-se num modo de perversão do ordenamento”.

A lei, afirmou-se, é produto da razão – e na sociedade contemporânea – quando “o

irrational é a razão” – assim afirma Marcuse²⁰ – será o produto dessa espécie de (des)razão.

Originada e caracterizada ademais, na dinâmica das sociedades complexas, tecnocráticas e superorganizadas – os indivíduos, levados à “des-individualização”²¹ e sujeitos ao *ducor* da comunicação de massas e suas deletérias conseqüências, mesmo nas democracias constitucionais, como expõe Loewenstein (tratando da propaganda política e dos meios de comunicação).²²

Ora, bem: o que restou ao indivíduo ou, mais precisamente, o que restou ao *cidadão*?

Um dos baluartes do constitucionalismo moderno – o regime democrático do conviver social, irmana-se aos princípios da soberania popular e da participação, direta ou indireta da “comunidade na política”, no dizer de Meirelles Teixeira,²³ no exercício do poder.

Na participação indireta, um outro princípio se impõe: o da *representação*, “derivado ou secundário” – explicita José Afonso da Silva,²⁴ e as técnicas apropriadas para a concretização desse princípio circunscrevem-se, na atualidade, às técnicas eleitorais e suas modalidades e ao sistema de partidos políticos.

A Constituição de 1988, art. 1.º e parágrafo único, consagra a forma indireta (representatividade) e a forma direta de exercício do poder democrático (art. 14 e outros) – pelos quais se perfecciona, por sua vez, o exercício da cidadania.

Meirelles Teixeira, com apoio em Carl Schmitt e Kelsen,²⁵ exprime bem esta situação democrática na sua relação com a cidadania: o princípio democrático abrange a tendência e esforços pela “realização da identidade democrática”, a fixação da *qualidade de cidadão e condição* deste na democracia e, ainda, métodos democráti-

cos para *determinação* de autoridades e funcionários.

A *identidade democrática* ocorre entre *povo* e *governo*, governantes e governados, o povo como titular efetivo do poder político (“é cada indivíduo obedecendo, em última análise, não às ordens e determinações de um poder superior e estranho, *mas às suas próprias ordens e determinações*, pois cada indivíduo, na democracia, concorre para a formação dela. Como observa Kelsen, democracia é autodeterminação, formulação de normas jurídicas por aqueles mesmos que devem obedecê-las, com exclusão de toda influência estranha”).

A representação política, no entanto, vem-se revelando de todo insuficiente para a satisfação dos seus objetivos, em especial na realização e defesa da *cidadania*, esta erigida em fundamento do Estado (art. 1.º) e que não se exaure na enumeração dos direitos políticos previstos no art. 14.

Num sentido geral, é uma situação concernente ao exercício do poder do Estado, em nome do povo; em particular, porém, a representatividade vincula-se à função legislativa – como explica Fayt,²⁶ citando, entre outros, Robert Von Mohl, que define a *representação política* como “o processo mediante o qual a influência que todo o corpo de cidadãos ou uma parte deles tem sobre a ação política, é exercida, em seu nome e com sua aprovação expressa, por um pequeno número deles, com efeito obrigatório para aqueles assim representados”.

O que vem completado pela observação de Arendt de que o compromisso moral do cidadão em obedecer às leis, tradicionalmente provém da suposição de que ele, ou deu seu consentimento às leis, ou foi o próprio legislador.²⁷

No entanto, uma das características do mandato representativo, modernamente implantado com exclusividade reside, di-

versamente do mandato imperativo²⁸ na independência do representante, o qual não está sujeito a nenhuma instrução ou determinação preexistente: “los representantes no son mandatarios”, diz Carlos Fayt, “son plenamente independientes de sus electores, no pueden delegar sus facultades y gozan de inmunidades en el ejercicio de su cargo”.²⁹

Muitos países, como o Brasil, sequer adotam o instituto da revogação de mandato (*recall*). Com isto, evidentemente, chega-se à constatação de uma completa dissociação entre a vontade do representante e do representado, da inexistência de compromisso político com os eleitores, de tal sorte que a representação deixa de apresentar qualquer conotação que o termo faça supor.

José Afonso da Silva (a respeito dos princípios democráticos e a técnica da maioria) coloca, bem, outro aspecto da questão ao comentar que “a verdade, a que se chega através da lei, é apenas formal, como na sentença judicial, pois que a lei jurídica nem sempre corresponde ao direito sócio-cultural, nem sempre interpreta a realidade social segundo um princípio de justiça. Várias vezes, o Direito legislado representa tão-só um compromisso entre os interesses em choque”.³⁰

O que se constata, portanto, por meio da experiência e dos tempos é a insuficiência atual desses mecanismos para a proteção da *cidadania*: a representatividade apresenta engrenagens viciadas e é posta em dúvida a autenticidade da representação, a correspondência possível de vontades do eleitor-cidadão e de seu mandatário. O sistema eleitoral está a demandar profundas reformas a fim de que a representatividade recupere o seu significado mais legítimo – tal como ocorreu, e foi válido, no séc. XVIII, com Sieyès.³¹

Tudo isso, afinal, bipolariza-se na representatividade, de um lado, tendo, do outro, processos coletivos de participação na feitura da lei. *O cidadão*, propriamente, encontra-se desprovido de instrumentos precisos e determinantes de intervenção no processo legislativo e no controle da constitucionalidade da lei sendo ele, primordialmente, o destinatário da norma posta pelo Estado e a unidade-padrão da sociedade política.

Outro aspecto, o risco do *totalitarismo normativo* vem apontado por Miguel Reale³² como “a pretensão que possa ter um pequeno grupo de homens de decidir de tudo e sobre tudo, substituindo-se ao povo, que deles esperava a elaboração de regras que assegurassem a todos a liberdade como participação à causa comum do bem-estar e do progresso”.

Falando em “repensar o Estado”, Walter Ceneviva faz duas colocações oportunas: uma delas, sobre o excesso de intervenção da máquina estatal na vida de todos os cidadãos, “o que, entre outros defeitos, facilita a corrupção geral”; a reformulação do Estado abrange, ademais disso, a necessidade que tem a sociedade de encontrar “novos caminhos de interferência no Poder Legislativo, pois já ficou evidente, com a nova Constituição, que os partidos políticos correspondem a fracassado canal de manifestação da comunidade. O repensar do Estado envolve, pois, o repensar da divisão dos poderes, e até o reconhecimento legal da existência de outros poderes”.³³

6. “O dever da desobediência civil”³⁴

Esse “repensar o Estado” e as formas sutis de opressão, a dominação tecnocrática e tecnológica, a comunicação de massas – a *cidadania* – como expressão máxima do direito à liberdade – aqui entendida, sem-

pre, no sentido de participação política ou “como opção política de vida” (Arendt) envolvem, inelutavelmente, novas formas de participação direta do cidadão no exercício do poder pelo Estado e tem, como uma de suas prerrogativas, a *desobediência civil*, num primeiro momento, forma de participação pelo *non agere*, diante da lei ou do ato emanado da autoridade ou de ação, em desobediência.

Hannah Arendt dedica um estudo específico à desobediência civil o qual inicia com referência a um evento celebrado sob o seguinte tema: *Estará a lei morta?* Dentre os circunstantes, um deles propõe um debate sobre “a relação moral do cidadão com a lei, numa sociedade de consentimento”.

A partir dessa questão, Arendt conclui que, diversamente dos objetores de consciência, os contestadores civis são “minorias organizadas, delimitadas mais pela opinião comum do que por interesses comuns, e pela decisão de tomar posição contra a política do governo mesmo tendo razões para supor que ela é apoiada pela maioria; sua ação combinada brota de um compromisso mútuo, e é este compromisso que empresta crédito e convicção à sua opinião, não importando como a tenham originalmente atingido. Argumentos levantados em prol da consciência individual ou de atos individuais, ou seja, os imperativos morais e os apelos “à mais alta lei”, seja ela secular ou transcendente, são inadequados quando aplicados à desobediência civil; neste nível será não somente ‘difícil’, mas impossível impedir a desobediência civil de ser uma filosofia subjetiva (...) intensa e exclusivamente pessoal, de modo que qualquer indivíduo, por qualquer razão, possa contestar”.³⁵

Com efeito, os dissidentes civis não detêm situação análoga ao objeitor de cons-

ciência. Nem necessitam apelar “à mais alta lei” – no sentido, eventualmente, de um direito natural, a não ser à própria Constituição. Poderão agir isoladamente – ou em grupo, mas não necessariamente.

Para tanto, torna-se necessário que esse indivíduo se invista na titularidade do *cidadão* – e então, como garantia das prerrogativas de cidadania, poderá agir pessoalmente, como partícipe efetivo no exercício da decisão política.

A desobediência civil é, segundo Norberto Bobbio,³⁶ uma forma particular de desobediência, na medida em que é executada “com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça da lei e com o fim mediato de induzir o legislador a mudá-la. Como tal, é justificada pelo transgressor de justificativas que levem à sua consideração não apenas como lícita, mas como obrigatória e seja admitida pelas autoridades públicas, diversamente do que ocorre com outras transgressões”.

É preciso delinear a desobediência civil como “um ato que tem em mira, em última instância, mudar o ordenamento, sendo, no final das contas, mais um ato inovador do que destruidor”.

Sempre correspondente a uma ação que traduz um comportamento intencionalmente contrário à lei, a desobediência civil vem justificada, segundo Bobbio, numa fonte principal e originalmente religiosa, posteriormente laicizada na doutrina do direito natural;³⁷ a outra fonte histórica é a doutrina de origem jusnaturalista, transmitida depois à filosofia utilitarista do séc. XIX que apresenta a supremacia do indivíduo sobre o Estado, criada pelo contrato social para a proteção dos direitos fundamentais do homem e assegurar a sua livre e pacífica convivência: aqui, o grande teórico citado é John Locke; uma terceira fonte de justificação é “a idéia libertária da perversi-

dade essencial de toda forma de poder sobre o homem, especialmente do máximo poder, que é o Estado, com o corolário de que todo o movimento que tende a impedir a prevaricação do Estado é uma premissa necessária para instaurar o reino da justiça, da liberdade e da paz”.

A desobediência civil pode-se conceituar como a forma particular de resistência ou contraposição, 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.

Como enfatiza a Lei Fundamental de Bonn, quando trata do direito de resistência no seu art. 2.º: “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, 4.º, 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”.³⁸

Para a Constituição portuguesa, todos têm o direito de resistir e dirige-se a “qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias”, inclusive “repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”.

Do conceito acima proposto decorre, todavia, que a desobediência civil deve ser vista como forma de resistência atribuída, especificamente, *ao cidadão*: somente este é quem, ao nosso ver, pode voltar-se contra os poderes constituídos e à própria lei, nas

hipóteses previstas, eis que os cidadãos e os poderes públicos se encontram consagrados na estrutura constitucional de forma integrativa e diretamente relacionados.

Tal forma especial de desobediência poderá manifestar-se passiva ou negativamente, consistindo em não fazer o determinado³⁹ como ativa ou positivamente, consistindo em fazer o interdito, ou proibido, desde que manifesto o conflito da ordem, ou da proibição, com a própria ordem constitucional e os direitos e garantias fundamentais.

A *ordem constitucional* diz respeito, especificamente, à questão da Constituição como um sistema de princípios estruturantes fundamentais e de regras sendo, ao mesmo tempo, um sistema aberto às mudanças da realidade social e às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”.⁴⁰

Incompleta e inacabada, de conteúdo “aberto ao tempo”, a Constituição não se limita a deixar aberto, mas estabelece, com caráter vinculante, o que não deve ficar aberto: os princípios vetores de formação da unidade política, a fixação das funções estatais, as bases do conjunto do ordenamento jurídico – o que forma o núcleo estável do ordenamento jurídico e da ordem social, compondo aquilo que deve considerar-se decidido, estabilizado e distendido.

Também a estrutura estatal e o procedimento pelo qual serão decididas as questões deixadas abertas: para tanto, a Constituição institui órgãos e estabelece competências.⁴¹

A declaração dos direitos e garantias fundamentais compõe esse plano estrutural, como um dos seus fundamentos básicos.

Nessa conformidade, tanto pelo que deixa em aberto, quanto pelo que permanece estabelecido, a Constituição produz

uma ordem – *a ordem constitucional* pela qual se pauta a sociedade e se filtra a realidade social para, afinal, compor essa ordem.

O direito fundamental de desobediência civil encontra-se vinculado a essa ordem constitucional – sistema aberto e incompleto, de amplitude e indeterminação – que admite e assimila a desordem (*kaos*) consubstanciada na vida social: ordem e desordem, o sistema constitucional permite e submete a alternatividade dos objetivos e a atuação das diferentes forças – no processo de realização da Constituição.⁴²

7. A desobediência civil e a Constituição

Os sentidos da liberdade alcançam, em nossos dias, um aguçado senso de liberdade-participação no processo decisório, pela ação política do viver em sociedade, a *cidadania*.

Esses sentidos da liberdade vêm afetados por um outro aspecto das sociedades contemporâneas, os totalitarismos, expressos ou velados, exteriorizando-se por formas de conviver que objetivam pacificação/uniformidade pelos governos, pelos controladores de comunicação de massa, sob o império da tecnologia/consumismo, da nivelação cultural, do “homem unidimensional” (Marcuse).

Loewenstein alude, mesmo, à perversão da Constituição por meio da autocracia moderna, privando-a por vezes de seu *telos* ou finalidade intrínseca: *institucionalizar a distribuição do exercício do poder político*.⁴³

Por outro lado, conforme visto, a representação política vem, concomitantemente, sofrendo um processo próprio de descaracterização, distanciamento e perda de legitimidade.

Toda essa problemática torna o cidadão extremamente desprotegido e vulnerável, o que leva, ao mesmo tempo, à idéia de repensar o Estado e estabelecer ou possibilitar novas formas de participação do indivíduo-cidadão e grupos de cidadãos, no exercício do poder pelo Estado.

Nesse objetivo, conquanto se admita a necessidade de restabelecer o império da lei e de manter a autoridade da lei e as formas previstas no ordenamento jurídico, para sua alteração e exclusão (a revogação, a ação direta de inconstitucionalidade) ao lado da influência exercida pela doutrina e a jurisprudência, debates, protestos e críticas – a opinião pública –, de outro lado justifica-se, igualmente, a desobediência civil como um direito fundamental do cidadão de intervir nesse processo político da atividade do Estado.

A norma do § 2.º do art. 5.º da CF contém referência expressa a *outros direitos e garantias* não explicitados quando estabelece:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A interpretação dessa norma demandará – a par da dificuldade apontada pela doutrina, no concernente a determinar quais são esses direitos e garantias implícitos – o enfrentamento, agora, das normas principiológicas da Constituição.

Considere-se, em primeiro plano, que a dicção atual da norma contida no § 2.º do art. 5.º encerra um norteio para sua interpretação, aludindo às fontes dos direitos e garantias que pretende consagrar, diversamente dos textos anteriores.

Num segundo plano, uma vez postos o regime e os princípios – decorre como

conseqüência sejam eles geradores de direitos e deveres e não mera enunciação de cunho teórico e filosófico.⁴⁴

A partir daí, inevitável se torna o atendimento ao comando constitucional e por este – pelo regime republicano e democrático de governo e o princípio da cidadania, elencados entre os princípios fundamentais do Estado brasileiro (art. 1.º), ao cidadão corresponde “um feixe de privilégios, decorrentes da condição da titularidade da coisa pública”⁴⁵ e da participação na tomada de decisão do que lhe concerne.

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. 1.º) – promover a alteração ou a revogação da lei ou deixar de atender à lei ou a qualquer ato que atentem contra a ordem constitucional ou os direitos e garantias fundamentais.

Corresponde ao *status civitatis* e decorre do regime dos direitos fundamentais no qual se insere o próprio mandamento do § 2.º do art. 5.º. É dizer, 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.

A instituição democrática da desobediência civil se apresenta, contemporaneamente, no entanto, num contexto extremamente dificultado dos próprios *movimentos da democracia*, conforme refere o historiador Eric Hobsbaum em estudo recente:⁴⁶ “vamos enfrentar os problemas do século 21 armados com um conjunto de mecanis-

mos políticos gravemente inadequado para lidar com eles. Esses mecanismos estão confinados dentro das fronteiras de Estados-nação, cujo número está crescendo, e enfrentam um mundo global que está além de seu âmbito de atuação”. Há as multinacionais numa economia mundial que tem suas próprias regras “às quais as considerações de legitimidade política e interesse comum não se aplicam”.

As condições para a democracia e para o planeta – no impacto da ação humana sobre a natureza – exigirão medidas de difícil implantação e aceitação.

Todavia, afirma no final: “Mas é daqui mesmo que estamos partindo”.

Christian Bay⁴⁷ demonstra uma feição da desobediência civil condicionada a certos requisitos como o conhecimento, independência e certas capacidades no plano das relações interpessoais. “A nossa única esperança, vai dizer, reside na educação – quer dizer, na educação orientada para a independência intelectual e política dos indivíduos”. Daí decorre a *opinião política* e o *opositor consciente*.

O que implica, correlatamente à desobediência civil – o *direito de oposição*:

“Não se pode olvidar” – refere J. M. Silva Leitão⁴⁸ – “que é no domínio do Direito Político que o indivíduo – ou então o *citoyen*, num *approche* “individualista” – bem como as tarefas em que ele procura empenhar-se – a persecução duma *idée d’oeuvre* –, surgem mais nitidamente como pontos de partida obrigatórios para quem se debruce sobre os problemas jurídico-políticos. E, por outro lado, nele mais do que em nenhum outro, alcança especial significado a passagem, sensível em termos históricos, dum ‘estádio de consciência’ firmemente amarrado ao foro do indivíduo – índice de uma época ‘individuocêntrica’ – para aquele outro em que passam para

a primeira linha as ‘instituições políticas’: à passagem do ‘subjectivo’ ao ‘objectivo’, do estádio inorgânico ao da organização corresponde, no mundo do Direito, a passagem da ‘indiferença’ para a ‘relevância’ – é o que se verifica no que diz respeito ao direito de oposição política no quadro constitucional moderno e contemporâneo”.

Mais adiante, distinguindo entre *oposição ao poder* e *direito de oposição*, sublinha o autor que a oposição política institucionalizada – ou seja, considerada no quadro do Estado contemporâneo como atividade regular, sistemática, constante, organizada e pública, tem como referência a unidade do poder – nos termos em que esta se encontra prefigurada e atualizada na Constituição de hoje, ao mesmo tempo um produto histórico-cultural e jurídico-político. Ela vale, enfatiza, em relação ao poder instituído – por isso representa uma garantia e ao mesmo tempo os meios que asseguram “uma alternativa *global* para *todo o exercício* do poder”.

Não um contrapoder, explica, um reflexo *inorgânico* da realidade político-social, nem um “dado” natural do parlament(arismo); ou mesmo um “*pouvoir que dit non*” ou uma forma qualquer de participação política e, muito menos, uma “semi-oposição” cuja essência começa e acaba num mero “contraste de pareceres”.

O direito de oposição “dirige-se” de modo imediato ou mediato, ao “governo” e a delimitação que distingue o conceito de oposição política “destaca-a como elemento *integrador* e *conformador* da vida política – e esta é, por definição, *plural* – que não torna mais discutível nem contraditória, pelo contrário, a probabilidade, mas, também, a capacidade, de conseguir a realização dos fins visados pela ordem constitucional. Afirma-a como ‘ordenação’ e ‘organização’, exige-a (e, pela mesma

razão, justifica-a) como *instituição e(m) acção*".⁴⁹

Refere, mesmo, o autor, "coincidências" de certas manifestações susceptíveis de serem tomadas como actos de "oposição política", manifestações "como o direito de resistência individual ou coletiva" – do qual decorre a desobediência civil.

Insere-se a desobediência civil, portanto, entre as formas possibilitadoras da participação na tomada de decisão sobre os assuntos do interesse comum – e como meio de oposição, igualmente, nos contornos do peso-equilíbrio da constitucionalidade.

O direito de oposição, que inclui a desobediência civil – "elemento integrador e conformador da ordem política" – como visto, aparece em outros aspectos também, conforme ocorre nos votos dissidentes do Poder Judiciário:

Quando escreve *Em defesa das divergências*,⁵⁰ o Juiz William Brennan Jr. faz a defesa de um princípio judiciário fundamental: *dissentir*. "Em sua encarnação mais correta", afirma, "a divergência demonstra imperfeições que o autor percebe na análise legal da maioria. É oferecida como um corretivo, na esperança de que a Corte emendará o erro por tais caminhos, num caso posterior. (...) A divergência é muito mais que um simples apelo: protege a integridade do processo judicial mantendo a maioria responsável pela racionalidade e conseqüências de sua decisão".

Instrumentos da democracia contemporânea – as formas vistas de manifestação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, como quer Peter Häberle, compõem por esse modo o *processo constitucional*.

Em seu estudo sobre esse assunto José Alfredo de Oliveira Baracho⁵¹ mostra as perspectivas do processo constitucional

afirmando então: "a origem do processo constitucional moderno está nos diversos procedimentos aceitos para a declaração da inconstitucionalidade das leis.

Encontramos na evolução do Estado diversas formas de violações constitucionais e dos direitos humanos, que tinham apenas resistência de ordem política.

O processo constitucional, ressalta, visa à proteção dos princípios constitucionais, especialmente aqueles conferidos aos indivíduos, para se oporem às decisões legítimas das autoridades públicas".

A Constituição como processo – o processo constitucional – abrange, portanto, os meios e modos constitucionalmente dispostos para a defesa da Constituição.

8. A Constituição como processo e a desobediência civil

Socorrendo-se das concepções de Häberle e John H. Ely, Estévez Araujo propõe a tese de que um ato de desobediência civil pode ser considerado como pôr em questão a constitucionalidade de uma lei ou como exercício de um direito fundamental e portanto, dentro de determinadas circunstâncias, legalmente justificado – e, para fundamentar essa tese enfoca a Constituição como processo e os direitos fundamentais como princípios (Alexy).⁵²

A defesa da Constituição é entendida como uma operação de controle cujo objetivo consiste em evitar que a normação infraconstitucional conflite com o estabelecido na Constituição e, muito especialmente, que o legislador ultrapasse os limites impostos pela Constituição. Uma concepção mais ampla, porém, e de contornos mais abrangentes – sublinha – é aquela que a considera como "uma operação de preservação da unidade política".⁵³

Lembrando a “fórmula afortunada” de Häberle, na expressão “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais” – para ampliar essa possibilidade “mais além do círculo dos juristas especializados” – apresenta a interpretação da Constituição como forma de participação democrática: conforme Häberle, uma tarefa de que participam ‘todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos’.⁵⁴

O desobediente civil inclui-se, portanto, nessa categoria, tomando parte, muitas vezes, das “minorias isoladas e sem voz” de que trata John H. Ely.⁵⁵

Nesse contexto, a Constituição aparece como um conjunto de processos institucionais e sociais que se movimentam pela interpretação participante de toda a ordem de intérpretes da Constituição.

A desobediência civil será uma forma de instrumentalização da defesa da Constituição.

Estévez Araujo registra que, na atualidade, a defesa da Constituição “é um âmbito de decisão estatal insuficientemente procedimentalizado. Os procedimentos atualmente existentes não estabelecem canais de participação democrática que subsanem o *déficit* de legitimidade do órgão encarregado da defesa da Constituição”.⁵⁶

Em termos nacionais, o art. 103 da Constituição deixou de enumerar expressamente o *cidadão* como titular da ação direta – o que José Afonso da Silva vem lamentar⁵⁷ – embora, segundo entendemos, se pudesse considerar incluído pelas prerrogativas próprias da cidadania, decorrentes do regime e dos princípios estruturantes do sistema constitucional.

De toda sorte, a desobediência civil resulta juridicamente justificada pelo seu fundamento constitucional e pela sua preeminência como instrumento da democracia.

9. “Pedra de toque do Estado Democrático de Direito” (Habermas)

Conforme acentua Canotilho⁵⁸ inexistente, hoje, uma teoria da democracia, mas *teorias da democracia*, dadas as mais diversas concepções a esse respeito. Ressalta, porém, desses estudos um núcleo reconhecível do princípio democrático, irreduzível, “uma simples teoria descritiva ou empírica de democracia”.

A idéia da democracia traz em si algo inconfundível ao imaginário de cada um que tenha por uma vez se preocupado com este temário, a idéia de participação em algo que lhe diz respeito e Manuel Aragón⁵⁹ refere ainda que a palavra *democracia* não aparecesse formalizada no texto constitucional, nele estaria compreendida e, portanto, na sua aplicação “en la medida en que esta adopte determinados contenidos (o más bien acoja determinadas estructuras).

El carácter democrático se deriva de un texto constitucional cuando este cumple determinados requisitos” porquanto “el Derecho opera con categorías que se desprenden del contenido de la norma y no sólo de su mera denominación por ella”.

À semelhança da Constituição espanhola (“Art. 1.º España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho...”), a Constituição brasileira de 1988, ao proclamar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito – na acepção de Aragón, “se trata de un enunciado constitucionalmente formalizado, lo que significa que no sólo tiene relevancia para el Derecho, sino que es Derecho positivo, como lo es todo precepto constitucional. El problema reside entonces – sublinha – en dilucidar no ya la condición (que me parece mejor expresión que la ‘naturaleza’) – jurídica del

término, sino su carácter, esto es, el tipo de prescripción en que consiste el enunciado ‘España se constituye en un Estado (...) democrático’.⁶⁰

Desenvolve-se aqui todo o contexto do *princípio democrático* – que informa a Constituição, o princípio mais fundamental (por qualificador da forma de Estado) dos princípios gerais, como quer Aragón e que pelo seu caráter sumamente abstrato (“e não somente pela repetida e tópica multivocidade do termo”), necessitado se encontra, para intervir no ordenamento, de certas conexões: tais conexões, conforme esclarece, não têm por finalidade “adjetivar” a democracia (idéia bastante criticável) “sino situar el principio en los distintos niveles o momentos en que jurídicamente opera, así como indagar la dimensión o dimensiones del principio que en cada uno de esos momentos se despliegan”.

Dos derivativos da democracia como princípio jurídico *na* Constituição, Aragón não se detém em exemplificar com alguma das numerosas regras constitucionais que informam esse princípio referindo, desde logo, eficácia interpretativa e sua projeção nas organizações sociais (partidos, sindicatos, associações profissionais e outros) quando impõe que “su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos” (Constituição espanhola, arts. 6.º, 7.º, 36 e 52).

A desobediência civil pode-se identificar 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, como preconiza Habermas, já citado.⁶¹

Tratando do pluralismo, Norberto Bobbio⁶² reflete sobre o consenso e dissenso e, ainda, sobre a idéia generalizada segundo

a qual “para que exista uma democracia basta o consenso da maioria” se, “exatamente o consenso da maioria implica que exista uma minoria de dissentes.”

Mas que coisa fazemos destes dissentes, uma vez admitido que o consenso unânime é impossível e que onde se diz que existe é um consenso organizado, manipulado, manobrado e, portanto, fictício; é o consenso de quem – para repetir o famoso mote de Rousseau – é obrigado a ser livre? De resto, que valor tem o consenso onde o dissenso é proibido? Onde não existe opção entre consenso e dissenso, onde o consenso é obrigatório e até mesmo premiado, e onde o dissenso não apenas é proibido, mas é também punido? É ainda consenso ou é pura aceitação passiva do comando do mais forte? (...) É inútil esconder que a prova de fogo de um regime democrático está no tipo de resposta que consegue dar a estas perguntas.⁶³

Bem consideradas as coisas, apenas numa sociedade pluralista o dissenso é possível: mais ainda, não apenas é possível, mas necessário”.

São todas condicionantes para a determinação de quando *obedecer* ou *desobedecer à lei* – o dilema da desobediência civil, o dilema do *cidadão*.

NOTAS

1. HABERMAS, Jürgen. *Ensayos políticos*. Barcelona: Península, 1994. p. 51 et seq. (tradução livre da autora).

2. Antígona e o terceiro mundo. *Folha de S.Paulo*, 3 dez. 1991, p. A3.

3. HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 32-33.

4. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: RT, 1989. p. 56.

5. *A idéia de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 115 et seq.

6. GARCIA, Maria. *Desobediência civil, direito fundamental*. São Paulo: RT, 1994. p. 213 et seq.

7. *Da revolução*. Brasília: Ática-UnB, 1988. p. 26-27: “Se a revolução tivesse tido como meta apenas a garantia dos direitos civis, não teria, com isso, visado à liberdade, mas tão-somente à libertação de governos que tivessem extrapolado seus poderes e infringido direitos antigos e bem enraizados. O problema aqui é que a revolução, como a conhecemos na Idade Moderna, sempre esteve envolvida tanto com a libertação, como com a liberdade. E desde que a libertação, cujos frutos são a ausência de constrangimento e a posse da ‘faculdade de locomoção’, é, de fato, uma condição de liberdade – ninguém jamais seria capaz de chegar a um lugar em que impera a liberdade, se não pudesse se locomover sem restrições – torna-se amiúde muito difícil dizer onde termina o mero desejo de libertação, de ser livre de opressão, e onde começa o desejo de liberdade, como opção política de vida”. Celso Lafer (*O sistema político brasileiro*, p. 14-15) alude à “*constitutio libertatis* – o espaço público da palavra viva e da ação livre que, como ensina H. Arendt, está na raiz da verdadeira inspiração revolucionária do mundo moderno”.

8. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: UnB, 1969. p. 135.

9. *O sistema político brasileiro*. São Paulo: Perspectiva, 1975. p. 41 et seq.

10. A tutela judicial da liberdade. *RT* 526/295.

11. PROUDHON, Pierre-Joseph. *El principio federativo*. Madrid: Aguilar, 1971. p. 53 e 56-57.

12. Obediência tem seus perigos graves. *Folha de S.Paulo*, 12 maio 1991: “Há uma ponderação fundamental a esse respeito, expõe Ceneviva. Deve ser feita por todos os cidadãos minimamente pensantes. Dou a palavra a Laski: ‘Se tudo quanto as leis nos trazem contradiz nossa própria experiência e nossas necessidades, seria loucura aceitar a sabedoria delas e admitir desde logo nosso equívoco. (...) Os cidadãos mais leais são, indubitavelmente, aqueles que recordam insistentemente a nossos governantes as condições sob as quais foi-lhes dado o poder de governar”.

13. CLASTRES, Pierre. Liberdade, mau encontro, inominável. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 114.

14. *Alabanza de la ley*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982. p. 64 et seq.

15. *Desobediência civil*, direito fundamental. Ob. cit., p. 63 et seq.

16. Idem, idem.

17. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 142.

18. La metamorfosis de la idea de justicia. *El actual pensamiento jurídico norteamericano*. Buenos Aires: Losada, 1951. p. 260.

19. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Civitas, 1983. p. 15 et seq. (Tradução livre da autora).

20. MARCUSE, Herbert. *A ideologia da sociedade industrial*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 23.

21. LORENZ, Konrad. *A demolição do homem*. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 16. Lorenz, como Marcuse, ressalta a pacificação/uniformidade, obtida pelo avanço da tecnologia nas sociedades cada vez mais complexas, a complexidade das organizações sociais devendo corresponder à complexidade dos maquinários. Organizações sociais complexas para que o grande aparelho de produção possa funcionar “sem remonte e sem atritos”. Para poderem se encaixar nessa organização, os indivíduos passam a ser “des-individualizados”; para exercerem funções prévias e inelutavelmente estabelecidas, têm de transformar-se em verdadeiros robôs.

22. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986. p. 414.

23. MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 448-449.

24. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT, 1989. p. 117-130.

25. Ob. cit., p. 462.

26. FAYT, Carlos S. *Conceptos complementarios de derecho político*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991. p. 29 et seq.

27. *Desobediência civil. Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 1973. p. 75.

28. “El mandato imperativo” – anota Fayt (ob. cit., p. 32) – “fué la forma de representación tradicional durante la Edad Media y la representación no tiene caracter individual sino colectivo. El representante no podría apartarse ni modificar el mandato, era un portavoz, un instrumento de una voluntad preexistente. Las asambleas de representantes no eran organos de Estado, sino asambleas de intereses particulares sin solidariedad alguna respecto de una idea comum. No participaban del Poder. Los representantes estaban sujetos a instrucciones, debían rendir cuentas y aun resarcir por sus excesos a sus mandantes, quienes podrían revocar el mandato”.

29. Conforme explicita (ob. e loc. cit.), “el mandato *representativo* es consecuencia del principio de soberania y unidad nacional. Se basea en la idea de dar vida a una voluntad nacional unificada. La nación delega el ejercicio del poder en sus representantes y la voluntad expresada por estos es la voluntad nacional”.

30. Ob. cit., p. 116. Walter Ceneviva (Crise do direito ou crise da cidadania. *Folha de S.Paulo*, 23 jun. 1991) é incisivo ao explicitar: “A estrutura jurídica nem sempre aparece como o elemento fundamental das mudanças do Estado. É ocultada pela ação dos criadores de planos, os lançadores de pacotes, os tecnocratas fulgurantes”.

31. SIEYÈS, Emmanuel. *Quést-ce que le Tiers État?* Paris: Quadrige-Puf, 1982. p. 87.

32. Constituição e totalitarismo normativo. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 7-8: “O totalitarismo é uma hidra de muitas cabeças, e cada uma delas, quando nasce, faz nascer as demais. (...) É sobretudo no que se refere ao ordenamento constitucional que devemos ter presente esse ensinamento que nos chega, como advertência, de todas as épocas históricas. Em virtude da competência conferida a uma Assembléia Constituinte, cujos poderes muitos consideram erroneamente ilimitados, é que devemos nos prevenir contra o arbítrio, reconhecendo, como já salientei, a existência de valores lógicos e éticos que balizam as decisões do legislador originário, subordinando-o aos imperativos da liberdade e da democracia, em razão dos quais o povo lhe outorgou a faculdade de instaurar o estatuto político destinado a reger e garantir sua exis-

tência tanto como indivíduo quanto como partícipe e protagonista atual e futuro do convívio social”.

33. Excesso corrompe o Estado. *Folha de S.Paulo*, 8 out. 1989.

34. A desobediência civil ressurgiu no século XIX, vinculada à questão dos impostos e à cidadania, pela obra de Henry-David Thoreau, cujo título original consta, expressivamente, *On the duty of civil disobedience*.

35. E explica (ob. cit., p. 59-63): “... a razão pela qual ao nível da moralidade individual o problema da desobediência à lei é totalmente intratável” é que “as deliberações da consciência não são somente apolíticas; são sempre expressas de maneira puramente subjetiva. Quando Sócrates (com Thoreau, dois famosos encarcerados) afirmou que ‘é melhor sofrer o erro que cometê-lo’, ele claramente pretendeu dizer que era melhor *para ele*, assim como era melhor para ele, estar em desacordo com multidões do que, sendo só, estar em desacordo consigo mesmo. (...) O segundo problema, e talvez o mais sério, é que a consciência, quando definida em termos seculares, pressupõe não somente que o homem possui a inata faculdade de discernir o certo do errado, mas também que o homem está interessado em si mesmo, pois o compromisso surge tão-somente deste interesse. E esta espécie de auto-interesse raramente pode ser corretamente considerada. Apesar de sabermos que o ser humano é capaz de pensar – de manter comunicação consigo mesmo – não sabemos quantos se dedicam a esta desvantajosa empresa; tudo o que podemos dizer é que o hábito de pensar, de refletir sobre o que se está fazendo, é independente do nível social, educacional ou intelectual do indivíduo. (...) Sem dúvida – completa – mesmo tal forma de objeção de consciência pode se tornar politicamente significativa quando acontece de coincidir um certo número de consciências, e os objetores de consciência decidem ir à praça do mercado e se fazerem ouvir em público. Mas não estaremos então tratando com indivíduos ou com um fenômeno cujos critérios possam ser derivados de Sócrates e Thoreau. O que foi decidido *in foro conscientiae* tornou-se agora parte da opinião pública...”

36. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1986.

37. “De uma idéia moral, que obriga todo homem enquanto homem e que como tal obriga independentemente de toda coação, e por conseguinte em consciência, distinta da lei promulgada pela autoridade política, que obriga apenas exteriormente e se alguma vez obriga em consciência é apenas na medida em que é conforme à lei moral”. (...) “Jusnaturalista, individualista e contratualista” (Locke) considera o Estado como uma associação surgida do consenso comum dos cidadãos para a proteção de seus direitos naturais. Ele exprime seu pensamento deste modo: “O fim do governo é o bem dos homens; e que coisa é melhor para a humanidade: que o povo se ache sempre exposto à ilimitada vontade da tirania ou que os governantes se achem por vezes expostos à oposição, quando se tornam excessivos no uso de seu poder e o usam na destruição e não na conservação das prerrogativas do povo?” (*Segundo tratado de governo*, § 229).

38. 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. Karl Loewenstein (*Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986. p. 393, n. 3) observa que o interesse da teoria jurídica alemã pelo direito de resistência tem sido mais intenso que em nenhum outro lugar. Como reação contra a ilegalidade do Terceiro Reich, assinala, uma série de Constituições dos *Länder* alemães pós 1945 consagraram expressamente o direito de resistência no seu elenco de Direitos Fundamentais.

39. Como explicam Canotilho e Vital Moreira nos seus comentários à Constituição portuguesa (*Constituição portuguesa anotada*. Coimbra, 1984), art. 21.

40. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 171-186.

41. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 19-20.

42. HESSE, Konrad. Ob. cit., p. 21, 26 et seq.

43. “Cada vez con más frecuencia la técnica de la constitución escrita es usada conscientemente para camuflar regímenes autoritarios y totalitarios. En muchos casos, la constitución escrita no es más que un cómodo disfraz para la instalación de una concentración del poder en las manos de un detentador único. La constitución ha quedado privada de su intrínseco *telos*: institucionalizar la distribución del ejercicio del poder político” (*Teoría de la Constitución*. Ob. cit., p. 213-214).

44. BASTOS, Celso e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

45. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985. p. 139-140.

46. A falência da democracia. *Folha de S.Paulo*, Caderno Mais!, 9 set. 2001. p. 5 et seq.

47. *Desobediência civil*. Teoria e prática. Lisboa: Sementeira, 1986. p. 15 et seq.

48. *Constituição e direito de oposição*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 12-14.

49. Ob. cit., p. 107-108.

50. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 282 et seq. (trad. de Mercedes Accorsi Berardi).

51. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 345 et seq.

52. ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta, 1994.

53. Ob. cit., p. 67. “Ahora bien, prosegue, lo que exija dicha preservación será diferente según lo que se considere como ‘cemento’ de la unidad. La diferencia entre la concepción de la Constitución como decisión en el sentido de Schmitt o como integración en el caso de Smend lo pone claramente de manifiesto”.

54. Ob. cit., p. 84-85.

55. Apud ARAUJO, José Antonio E. Ob. cit., p. 70 et seq.

56. Ob. cit., p. 141-142. Tradução livre da autora.

57. Ob. cit., p. 47 (“pena não ter incluído o cidadão”; registra à p. 50).

58. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 407 et seq.

59. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, 1990. p. 98 et seq.

60. Ob. cit., p. 99.

61. Ressalvando, Habermas adverte: “El derecho a la desobediencia civil se encuentra con toda evidencia en la divisoria entre la legitimidad y la legalidad. Y el Estado de Derecho que persigue la desobediencia civil como si fuera un delito común incurre en la resbaladiza pendiente de un legalismo autoritario”. (*Ensayos políticos*. Ob. cit., p. 70).

62. “Uma coisa, porém, é certa: tão logo abandonamos o ponto de vista restrito do sistema político e ampliamos a visão para a sociedade subjacente devemos fazer as contas com centros de poder que estão dentro do

Estado, mas que não se identificam imediatamente com o Estado. Inevitável neste ponto que o problema da democracia encontre e, por assim dizer, englobe o problema do pluralismo”. (*O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 1986. p. 58).

63. “Com isto não quero dizer que a democracia seja um sistema fundado não sobre o consenso, mas sobre o dissenso. Quero dizer que, num regime fundado sobre o consenso não imposto de cima para baixo, uma forma qualquer de dissenso é inevitável e que apenas onde o dissenso é livre para se manifestar o consenso é real, e que apenas onde o consenso é real o sistema pode proclamar-se com justeza democrática” (p. 62-63).