



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ISAAC RODRIGUES CUNHA

RESISTÊNCIA FISCAL E DESOBEDIÊNCIA TRIBUTÁRIA:
POR UM DIREITO DE NÃO PAGAR TRIBUTOS INJUSTOS

FORTALEZA

2014

ISAAC RODRIGUES CUNHA

**RESISTÊNCIA FISCAL E DESOBEDIÊNCIA TRIBUTÁRIA:
POR UM DIREITO DE NÃO PAGAR TRIBUTO INJUSTO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Tributário

Orientador:
Prof. Me. Francisco de Araújo Macedo Filho.

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- C972r Cunha, Isaac Rodrigues.
Resistência fiscal e desobediência tributária / Isaac Rodrigues Cunha. – 2014.
125 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Direito Tributário.
Orientação: Prof. Me. Francisco de Araújo Macedo Filho.
1. Desobediência. 2. Legalidade (Direito). 3. Direito tributário - Brasil. 4. Legitimidade (Direito). 5. Contribuintes (Direito tributário). 6. Direitos fundamentais. I. Macedo Filho, Francisco de Araújo (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

ISAAC RODRIGUES CUNHA

**RESISTÊNCIA FISCAL E DESOBEDIÊNCIA TRIBUTÁRIA:
POR UM DIREITO DE NÃO PAGAR TRIBUTOS INJUSTO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Tributário.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Francisco de Araújo Macedo Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Fernando Basto Ferraz

Universidade Federal do Ceará – UFC

À memória de meu pai, Tarciso Cunha, poeta antes de mim, humilde, verdadeiro, mas que partira, partira-se tão cedo, “e eu nem lhe ouvi o alento derradeiro”.

AGRADECIMENTOS

A Deus, nome inequívoco dentre os tantos místicos que encontrei, sempre à procura de mim mesmo, por toda dádiva recebida.

Sob os céus, para mim, “que tenho sido amigo da ralé de minha rua, que bebe para esquecer que a gente é pobre, é fraco é vil, que dorme sob as luzes da avenida, é humilhada e ofendida pelas grandezas do Brasil...”, difícil será enumerar os destinatários de meus mais sinceros agradecimentos por estes anos de passagem, de passeio pelo Curso de Direito.

A toda a minha família, especialmente a minha mãe, Maria do Ó, serena como a santa a qual homenageia, mas que nem um sermão vieirense poderia descrever quão importante é ela em minha vida; a meu irmão, Mateus, gêmeo mais velho que, adiantado, nascera anos antes de mim, para vir a ser meu exemplo em tudo; a meus avós, Raimundo, Rosa e Raimunda, matéria-prima de meu ser.

A minha amada Amélia e seus pais, Fátima e Itamar, pelo prazer que neste último ano tem sido chamá-los família.

A meu orientador, Francisco Macedo, o qual me sempre inspirou como professor, procurador da República e cidadão, e a seus colegas de banca examinadora e de magistério, Flávio Gonçalves e Fernando Ferraz, par de educadores ímpares, sem cuja presença o corpo docente deste curso estaria incompleto. Todos três marcaram de forma positiva minha graduação.

Aos demais professores da centenária Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, especialmente Carlos Cintra, Joyceane Menezes, Marcelo Guerra, Hugo Machado Segundo, Maria Vital, Raimundo Falcão, Gustavo Raposo, Júlio Sampaio, Germana de Moraes, Gérson Marques, Nestor Santiago, Newton Albuquerque, Paulo Albuquerque, Glauco Barreira Filho, Raquel Coelho, Yuri Magalhães e Juliana Diniz.

Aos amigos que levarei do curso, especialmente a Raphael Franco, parceiro de projetos tão robustos quanto nossa amizade, Jaime Rodrigues, amigo cujo sobrenome já atesta nossa irmandade, Diogo Portela, admirável e exemplo de erudição, Fernando Firmeza, companheiro de amizade inestimável, Remo Vieira, parceiro de toda luta, Ubirajara Souza, exemplo de profissional, Mayara Mendes, grande amiga, expressão feminina de minhas posições políticas e intelectuais, Kilvia Castro, amiga exemplo de competência, dedicação e sabedoria, e Renata Catarina Costa Maia, espírito alteroso sabiamente acolhido num corpo adelgado, que muito me ensinou sobre o exercício da cristandade.

Aos amigos e companheiros do Núcleo de Assessoria Jurídica Comunitária e do Centro de Assessoria Jurídica Universitária, projetos de extensão da Faculdade, por tudo que sempre representaram para mim, forma e conteúdo de minhas aspirações políticas e acadêmicas, especialmente na pessoa dos camaradas Acássio Pereira, Breno Lima, Breno Maia, Bruno Alves, Cecília Paiva, Dillyane Ribeiro, Elaine Gouveia, Isabel Souza, Jacy Luz, José Rafael, Julianne Melo, Kauhana Hellen, Ladislau Duarte, Lia Souza, Maria Solara, Marcus Araújo, Marcus Peixoto, Mayara Justa, Miguel Rodrigues, Murilo Leite Neto, Raiane Pinheiro e Victor Brito.

Ao Núcleo de Estudos Tributários da Faculdade de Direito da UFC, por me haver aproximado ainda mais do Direito enquanto ciência em meus últimos semestres de curso, com carinho especial ao amigo Luís Feitosa, que tanto insistira pela minha participação, pelo que serei eternamente grato.

Aos amigos que tomaram parte dos projetos políticos das chapas “Ciranda de Todos Nós”, “C.A de Todos”, “Fazendo Acontecer” e “Pensar e Agir”, do vitorioso “Grupo CRIAÇÃO na FD” e do incansável “Coletivo Consteste!”, por se haverem mantido fiéis a seus princípios, à ética, ao decoro e à essência do movimento estudantil.

Aos incontáveis e inesquecíveis amigos de turmas, corredores e sinuca, especialmente Bruno Barbalho, Bruno Caldas, Bruno Cavalcante, Caio Farias, Camila Aquino, Cristiano Moita, Dornieri Lemos, Erasmo Costa, João Victor Queiroz, Jonathan Alves, José Nilson Borges, Juan Amorim, Kate Pereira, Laís Amaral, Leon Mello, Marcelo Sales, Marcus Franklin, Pedro Costa, Pedro Jorge, Rafael Barros, Rafael Brasil, Renan de Araújo, Ricardo Facundo, Ricardo Maia, Roberval Fernandes, Rubens Martins, Sandoval Matoso, Saullo Oliveira, Tarcísio Rocha, Thales Machado, Thiago Brito, Thiago David, Tiago Andrade, Ulisses Ferreira, Victor Rezende, William Lessa, Yuri Mesquita, Yorran Souza, dentre outros os quais a brevidade não permite mencionar, e, sem dúvida, Oswaldinho, mestre e amigo com quem muito aprendi fora de sala, pedras sobre as quais edifiquei minha graduação.

A toda a equipe da Central de Inquéritos do Ministério Público Estadual, especialmente Dr. Alexandre de Oliveira Alcântara, Promotor de Justiça, pelo exemplo de humanidade e dedicação à leitura, e à minha querida Yanne Feitosa, pelo ensinamento e companheirismo diário que se transformaram em amizade e admiração mútua, além dos demais colegas, especialmente a insofismável Dona Célia.

A toda a equipe do Gabinete dos Auditores do Tribunal de Contas do Ceará, pelos ensinamentos e pelas tardes agradáveis que passei como seu estagiário, especialmente na

pessoa do Dr. Itacir Todero, Auditor/Conselheiro-substituto, e de suas assessoras Rossylane Costa, Tessa Ramos, Natacha Medeiros e Glícia Rodrigues, exemplos de dedicação à coisa pública, bem como à equipe do Auditor Paulo César de Souza, especialmente Flávia Ferreira, Mariana Carvalho, Patrícia Vasconcelos e Marcus Siqueira, a Amanda Falcão, Camilla Barbosa, Leonam Leão e Raissa Melo, também estagiários à época, além de aos amigos Marquinhos e Edinete, que comigo sempre poderão contar.

Aos servidores técnico-administrativos da Faculdade, especialmente a Nelson Leão Neto, Antônia Leda de Moraes, Erisvaldo Maia, Lucas Pinto, Lucivaldo Silva, Stenio Carneiro, Maria do Carmo Galvão, José Melinho Filho, Jacinto Ferreira, Cristiany Maia e Geclio Lima, com carinho especial às bibliotecárias, cúmplices de meu crescimento, Geovanice Anselmo, Maria José Silveira, Rejane Carvalho, Liduína Batista, Maria Aparecida Mendes e Maria Linete Paiva, com saudosa atenção ao servidor querido Vieira, falecido em 2013.

Aos colegas da xerografia da Faculdade, Marcelo, Moisés Souza e Caio de Lima, e a seu concorrente Tico (Aloísio).

Aos livreiros Margarida, Neves e Jothe.

Aos funcionários terceirizados, por quem sempre nutri sincera amizade, especialmente meus amigos da zeladoria, Sr. Moura, “Batatinha” e Zé Wilson, das portarias, Fabrício, Beto e Márcia, e da segurança, Wesley, Manoel, Marcelo e Abraão, com saudosa homenagem a nosso amigo Sr. Duarte, falecido em 2012.

A todos que comigo entraram em debates e embates políticos ou acadêmicos, sem os senhores jamais teria eu evoluído.

“Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli. È un problema non filosofico ma politico”
(Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*)

RESUMO

O presente projeto motivara-se especialmente pelo abalo que a representatividade brasileira sofrera numa espécie de “primavera” política no mês de junho do ano de 2013. As manifestações, de dimensões ladárias, questionando a tudo e a todo ser político, em pautas das mais diversas, como saúde, emprego, educação, transparência, orçamento, democracia etc., marcaram aquele ano e a história recente do país. Nesse contexto, a questão tributária também mereceu destaque, pela relação entre o tributo, a manutenção da máquina estatal por meio da tributação e a possibilidade/necessidade de efetivação de uma gama de direitos sociais fundamentais, espaço em que o Estado-fiscal se avulta implacavelmente superior ao contribuinte, inclusive num amplo aspecto político-legislativo-jurisdicional – uma vez que é o mesmo o ente que estipula as leis fiscais, arrecada os tributos e processa, condena e executa o particular que desobedeça às primeiras estipulações –, mas sem dar cumprimento à finalidade social da tributação. Com efeito, contrapondo-se ao estatismo jurídico que intenta sempre confundir legalidade com legitimidade, o direito de desobediência na seara fiscal merece destaque, como meio de proteção e resistência anterior e mesmo superior à tutela jurisdicional, a qual se sabe absurdamente pró-fazendária. Da lição das disciplinas jurídicas ditas “propedêuticas”, ou melhor, basilares do Direito, quais sejam a Ciência Política, a Sociologia, a Antropologia dentre outras, denota-se a relação entre Estado e sociedade como o liame, necessariamente jurídico, por meio de normas de tal estirpe, em que aquele é o ente de maior poder nesta e sobre esta. Das disciplinas de Direito Público, aquela que traduz maior recorrência da coercitividade estatal é seara tributária, que legitima a intervenção em praticamente toda circunstância econômica do indivíduo, taxada de fato gerador, atingindo, assim, o íntimo do cidadão, seus meios de vida e sustento: trabalho, renda, poder de compra, atividades financeiras, dentre uma gama de situações que compõem o *primo vivere* do contribuinte. Desta sorte, pretende-se inferir, ou diferir, da vala comum das sonegações, da elisão fiscal, das dissimulações e fraudes e crimes contra a ordem tributária, o que consistiria em uma desobediência tributária, como meio político de proteção do contribuinte enquanto coletivo, uma vez que é coletiva sua vulnerabilidade. A pesquisa intenta, assim, contribuir para um conceito de desobediência tributária, como espécie do gênero desobediência civil, ambos englobados pela ideia mais genérica de direito de resistência.

Palavras-chave: Resistência Fiscal. Desobediência Tributária. Direitos do Contribuinte.

ABSTRACT

This project was motivated especially by the Brazilian representative concussion suffered in a sort of "spring" policy in June of 2013. Manifestations of messianic dimensions, questioning everything and every politician is on the agendas of various such as health, employment, education, transparency, budget, democracy etc., marked the one year and the country's recent history. In this context, the tax issue was also highlighted by the relationship between the tax, the maintenance of the state machine through taxation and the possibility/necessity of realization of a range of fundamental social rights, the State tax looms up relentlessly higher than the taxpayer including a broad political - legislative - judicial aspect - since it is the one who prescribes the tax laws, processes and collects the taxes, condemns and executes the individual who disobeys the first stipulations - but without complying with the social aim taxation. Indeed, in opposition to the legal statism that always tries to confuse legality with legitimacy, the right to tax the harvest disobedience deserves as a means of protection and front and even higher resistance to judicial protection, which is known absurdly pro- treasury. The lesson of "propaedeutic" or better, the basic law, said legal constraints which are Political Science, Sociology, Anthropology among others, denotes the relationship between state and society as the bond necessarily legal, through standards such a strain in which the entity that is the greatest power on this and this. The disciplines of public law, one that translates most recurrent state authority is tax harvest, that legitimizes intervention in virtually every economic circumstance of the individual, labeled a taxable event and thereby achieving intimate citizen, his livelihood and sustenance: work, income, purchasing power, financial activities, from a range of situations that make up the taxpayer's "primo vivere". It is intended to infer or differ from the common grave of tax evading, tax avoidance, the deceptions and frauds and crimes against the tax system, which would consist of a tax disobedience as a political means of protecting the taxpayer as a collective, as their collective vulnerability. The research intends thereby contribute to the concept of tax disobedience, as a species of the genus civil disobedience, both encompassed by the more general idea of the right of resistance.

Keywords: Tax Resistance. Tax disobedience. Taxpayer Rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	ESTADO, DIREITO E CONTROLE SOCIAL	17
2.1	Estado e sociedade	17
<i>2.1.1</i>	<i>A evolução do conceito de Estado</i>	17
<i>2.1.2</i>	<i>O conceito de sociedade</i>	23
<i>2.1.3</i>	<i>A sociedade civil e os movimentos sociais</i>	26
2.2	Direito e controle social	30
<i>2.2.1</i>	<i>O direito como instrumento de controle</i>	31
<i>2.2.2</i>	<i>A lei como principal fonte do direito</i>	34
2.3	Legalidade e legitimidade	37
<i>2.3.1</i>	<i>As origens da democracia</i>	38
<i>2.3.2</i>	<i>A crise de legitimidade do sistema representativo</i>	43
<i>2.3.3</i>	<i>A lei como meio insuficiente de legitimação</i>	47
<i>2.3.4</i>	<i>Desconstruindo outro mito: a supremacia do “interesse público”</i>	51
3	DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRIBUTAÇÃO	58
3.1	As dimensões dos direitos fundamentais	58
<i>3.1.1</i>	<i>Há uma hierarquia entre os direitos fundamentais?</i>	61
<i>3.1.2</i>	<i>Os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes</i>	64
<i>3.1.2.1</i>	<i>Princípios constitucionais correlatos</i>	64
<i>3.1.2.1.1</i>	<i>Princípio da legalidade</i>	65
<i>3.1.2.1.2</i>	<i>Princípio da isonomia</i>	67
<i>3.1.2.1.3</i>	<i>Princípio da capacidade contributiva</i>	68
<i>3.1.2.1.4</i>	<i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	69
<i>3.1.2.1.5</i>	<i>Princípio democrático</i>	70
<i>3.1.2.2</i>	<i>As imunidades tributárias</i>	73
3.2	Realidade tributária brasileira	75
4	RESISTÊNCIA FISCAL E DESOBEDIÊNCIA TRIBUTÁRIA	78
4.1	Direito de resistência: gênero de muitas espécies	78
<i>4.1.1</i>	<i>Conceito de direito de resistência</i>	79
<i>4.1.2</i>	<i>Esboço histórico</i>	79
<i>4.1.3</i>	<i>Espécies de resistência civil</i>	85
<i>4.1.3.1</i>	<i>A desobediência civil</i>	89

4.1.5	<i>Os direitos de resistência desobediência na ordem constitucional</i>	96
4.1.6	<i>A questão penal</i>	98
4.2	Resistência fiscal	102
4.2.1	<i>Meios de resistência individuais e transindividuais</i>	103
4.2.2	<i>A desobediência tributária</i>	106
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	111
	REFERÊNCIAS	113

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2013, mais precisamente durante a realização do megaevento desportivo da Copa das Confederações da FIFA[®], por volta daquele mês de junho, o Brasil foi marcado por uma sucessão de grandes manifestações populares, difundidas entre as capitais, regiões metropolitanas e diversas cidades do interior do país. Aos 20 dias daquele mês, os jornais veicularam um número da casa dos milhões de manifestantes, indo às ruas em centenas de cidades, tendo sempre como pano de fundo político um mosaico de reivindicações.¹

Como microcosmo da realidade mundial, do que recentemente se teria vislumbrado como uma espécie de “primavera” de diversas nações que proclamaram independência, como a da Líbia, a população brasileira, heterogeneamente representada dentre a gama de manifestantes, passara a resistir à política tradicional, opondo-se, sobretudo, ao que atine à má administração da coisa pública, à corrupção generalizada da classe política e aos problemas sociais e regionais ainda não totalmente enfrentados pelas políticas públicas, a despeito do aparato econômico que possui o Estado.

Dentre as reivindicações mais comuns, que se podiam facilmente perceber das faixas e cartazes carregados como estandartes, avultava-se o iterado, porém reiteradamente ignorado pedido de melhorias na saúde pública, na educação, na geração de empregos, transporte, segurança pública, alimentação, que se contrapunha aos avultados gastos do aparato público com o evento, ao passo que eram aviltados direitos e garantias fundamentais.

O cenário de revolta, remontando a um maio de 1968, auge do Regime Militar, foi marcado por uma postura intolerante da Polícia e dos Governantes, que respondiam com mais e mais violência e repressão às atitudes dos reivindicantes no calor da manifestação: em clara prova dos absurdos estatais, os famigerados “vândalos” foram violenta e covardemente repreendidos pelas tropas de elite das polícias estaduais e guardas municipais – estas que sequer deveriam ser militarizadas –, máquina repressora que passou a ser destinatária de grandes investimentos.²

¹ No sítio da *Wikipédia*, enciclopédia que conta com a colaboração de internautas do mundo todo, ladeando a plataforma *Google.com* dentre os meios de busca mais acessados, consta o verbete “Jornadas de Junho”, no formato de artigo científico, contando com 342 referências a notícias, reportagens e depoimentos acerca das manifestações que ocorreram na “primavera brasileira” do ano de 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Jornadas_de_junho>. Acesso em: 20 fev. 2014.

² SP gastará R\$ 35 mi com canhão de água e blindados antiprotesto. Débora Melo. Do UOL, em São Paulo 26/02/2014, 06h00. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/02/26/pm-preve-gastar-r-35-mi-com-canhao-de-agua-e-outros-blindados-antiprotesto.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2014.

Como resultado político, a legitimidade do Estado, das instituições estatais e, sobretudo, dos representantes do governo foi questionada mais ainda, diante dos excessos na reprimenda aos manifestantes, como forma de calar a todos ante aos absurdos na gestão da coisa pública, o que foi perfeitamente percebido e execrado pela opinião pública, a despeito. Nesse contexto, à mesma maneira foram abalados os pedestais também do Estado-fiscal, implacavelmente superior ao contribuinte, sendo o mesmo a, ao mesmo tempo, estipular leis tributárias, arrecadar os tributos delas decorrentes e processar, condenar e executar o particular que lhes desobedeça, merecendo o estatismo jurídico atrelado ao Direito Tributário melhor análise.

Com efeito, a prática mostra que, inobstante a força de princípios historicamente reconhecidos, como, especialmente, o *princípio da legalidade tributária*, e de direitos e garantias fundamentais do contribuinte, como as imunidades e demais limitações ao poder de tributar, o impacto gerado pela atividade fiscal sobre a sociedade tantas vezes resulta num impacto contra esta, quando uma tributação injusta reveste-se recorrentemente do manto da legalidade, quando confundem os governantes a legalidade que encimam com a legitimidade a qual não mais possuem.

Assim, partindo do questionamento sobre se seria viável o reconhecimento de um direito coletivo de resistir a um tributo (não pagar), constituem-se as pretensões desta perquirição, que se desdobram num objetivo geral, qual seja idealizar um direito coletivo de desobediência tributária, atrelado às garantias já reconhecidas e constitucionalizadas como meio de defesa do contribuinte e da própria sociedade perante tributos abusivos, coletivamente repudiados, mas dotados de coerção, por força de lei, e em cinco outros objetivos específicos.

São eles: avaliar a relação entre Estado, direito e sociedade, compulsando os conceitos básicos atinentes a cada um; conceituar, pela leitura da doutrina que se ativera ao tema, o direito de resistência e a desobediência civil enquanto direitos fundamentais; analisar o liame político, ideológico e especialmente jurídico entre os Direitos Fundamentais e a tributação; diferenciar o que se defende por “resistência fiscal” e “desobediência tributária” das condutas ilícitas como a mera sonegação; e, por fim, construir uma tese de “desobediência tributária” a qual, se praticada coletivamente, socialmente legitimada e politizada, não deva ser digna de reproche, pelo contrário, havendo que se considerar o peso de tal conduta na revogação de tributos coletivamente repudiados.

O presente trabalho iniciou-se sequioso por abordar os mais variados aspectos, materiais ou processuais, constitucionais, administrativos ou tributários, que o conflito entre o

Estado-fiscal e a coletividade dos contribuintes, de tantas as nuances que as injustiças fiscais apresentam na prática. A melhor orientação científica, no entanto, guiou-nos no sentido de uma abordagem mais restrita, tratando apenas dos aspectos que envolvem a Ciência Política, a Teoria Geral do Direito e o Direito Tributário Material, cuja perscrutação é indispensável para que se compreenda a problemática a ser levantada nas páginas seguintes.

Assim, a pesquisa permeará estudo eminentemente bibliográfico, sobre a doutrina especializada, notadamente em direito, ciência política, sociologia, economia, por meio de livros e coletâneas de escritos publicados, teses de doutorado e dissertações de mestrado aproximados da temática, dentre outros textos de rigor científico, também se atendo à legislação em vigor.

A leitura das obras de datação mais antiga, obras mesmo raras, dificilmente encontradas ainda que em bibliotecas especializadas, em antiquariatos ou em “sebos”, foi possível graças ao louvável compartilhamento de arquivos contendo uma digitalização perfeita de edições originais. As demais obras foram, em sua maioria, locadas em bibliotecas especializadas em Ciências Sociais e Jurídicas, havendo algumas outras sido adquiridas no decorrer da pesquisa.

Assim, no capítulo que segue a esta introdução, têm atenção os conceitos basilares do Estado, do direito e da sociedade, cada um destes elementos da política sendo abordado sob a perspectiva da ciência incumbida de seu estudo, mas sempre a atrelando à análise dos demais ramos. São abordados conceitos como o de sociedade civil e movimentos sociais como esferas organizativas fundamentais à democracia. Há enfoque, também, sobre o infundável debate sobre a legitimidade política, em contraposição com a legalidade jurídica, contrapondo-se aos argumentos da representatividade, do legalismo e da supremacia do interesse público sobre o particular, de tão deturpados que foram tais conceitos na prática política, inclusive em detrimento dos fundamentos jurídicos que os justificam.

No capítulo terceiro, a tributação é avaliada sob os mandamentos constitucionais que lhe devem nortear, com especial atenção aos direitos e garantias fundamentais do contribuinte, atendo-se, assim, aos princípios constitucionais correlatos à atividade tributária, especialmente os princípios da legalidade, da isonomia, da capacidade contributiva e da dignidade da pessoa humana, merecendo salientar, também, o princípio democrático, sobretudo no atual contexto de reclames por uma democracia não mais apenas representativa e semidireta, mas, sim, participativa.

No quarto capítulo, são compulsados os conceitos de resistência e desobediência civil, como gênero e subgênero anteriores às ideias de resistência fiscal e desobediência

tributária, no entanto desde sempre muito ligados a questões fiscais, conforme há de se depreender do resgate histórico de momentos em que as sociedades se impuseram contra seus governantes por conta de injustiças tributárias. Como adendos inolvidáveis à presente pesquisa, são pincelados alguns comentários a respeito da necessidade ou não de os atos de desobediência serem pacíficos e acerca da questão penal envolvendo os delitos de resistência e desobediência, ainda contidos no Código Penal brasileiro.

Trata-se, também, sobre os contornos constitucionais que o direito de resistência e o direito de desobediência apresentam, no sentido da tese de existência também de um direito de não pagar (resistir) tributo injusto. Findando, passa-se à análise dos entraves que a esfera jurídica/jurisdicional conferere à prática de uma desobediência tributária, haja vista o próprio caráter prolixo do Direito Tributário e as dificuldades técnico-administrativas de se resistir à tributação.

2 ESTADO, DIREITO E CONTROLE SOCIAL

2.1 Estado e sociedade

A perquirição dos fenômenos envolvendo o Estado e a sociedade deve respaldar uma análise anterior de seus conceitos mais elementares, para a compreensão dos quais é estritamente necessário o folheio de obras que não dizem respeito especificamente ao Direito, tampouco ao Direito Tributário, área de concentração da presente pesquisa, mas, sim, a respeito de estudos de outras searas do conhecimento científico.

Os vícios do ensino jurídico, ainda demasiado enciclopédico, insistem em relegar à vala comum das disciplinas denominadas *propedêuticas* uma gama de conceitos, ideias e informações fundamentais à compreensão do próprio Direito, o que sobremaneira aturde o trabalho do jurista não só enquanto cientista, como também, e mais prejudicialmente, enquanto aplicador do direito. Neste sentido, o presente estudo de logo abandona tal perspectiva, por considerar tais disciplinas não como ciências meramente introdutórias, mas, sim, como teorias basilares do direito.

2.1.1 A evolução do conceito de Estado

A tarefa de *conceituar*, no âmbito das ciências sociais, dentre as quais se incluem a Ciência Política, a Teoria Geral do Estado e o próprio Direito, é atividade que ora beira à presunção, ora à pretensão, ocorrendo em nenhuma destas hipóteses um resultado efetivo em determinar um conceito depurado, insofismável, isento de qualquer vício teórico. Na presente pesquisa, no entanto, o labor científico que se realiza é de auscultar, e não de escutar, conceitos e ideias que advêm da própria realidade social.

Nesse sentido, a fim perscrutar quais os contornos filosóficos do problema apresentado, faz-se necessário, primeiramente, alcançar não uma ideia, mas uma idealização de Estado, compulsando a feição que tal entidade social apresentou na história, para, enfim, empreender uma análise das questões relacionadas ao conflito entre este e a sociedade, especialmente no que diz respeito à tributação.

Assim, releva notar que o termo *Estado* importou, na história, diversos significados. Conforme discorre Santi Romano (1977, p. 59-60), a *pólis* grega e a *civitas* romana consistiram numa ideia primária similar à ideia atual de Estado, que antes apenas

significava, como bem denuncia a etimologia do vocábulo, um *status*, uma *condição*, uma *posição* ou *ordem*. No mesmo sentido, destaca Paulo Bonavides (2004, p. 27-28):

Com efeito, o Estado na Antigüidade é a Cidade, condensação de todos os poderes. Da Cidade se irradiam as dominações, as formas expansivas de poder e força. De tal sorte que, ordinariamente, ela é a cabeça dos impérios, das hegemonias, dos grandes reinos formados ao redor da boa fortuna com que as armas da conquista se fizeram triunfantes.

É com Nicolau Maquiavel, por volta do século XVI, que o vocábulo Estado começa a revestir-se dos contornos políticos que hoje apresenta. Iniciando seu *O Príncipe*, logo nas primeiras linhas de seu breve primeiro capítulo, o pensador italiano salientava que, na sua concepção, “todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou principados” (MAQUIAVEL, 2005, p. 29).

Era a transição do feudalismo para Idade Moderna, com a unificação dos Estados, como unidades políticas rigidamente estruturadas sob o domínio de um monarca ou soberano, que surgiam, aos poucos, da união dos antigos feudos descentralizados, dispersos pelo campo (HELLER, 1968, p. 162). Surge, então, ladeando a ideia concebida de Estado com a centralização do poder em uma unidade política, o *absolutismo* como centralização do poder nas mãos de um único governante.

É nesse contexto que se avulta o gérmen da moderna noção de *soberania*, segundo a qual os monarcas – considerados tão soberanos quanto o próprio Estado unificado – podiam exercer seu poder plenamente, *sem a interveniência dos estrangeiros*. Um dos teóricos da chamada *teoria do direito divino*, que conferia ao rei absoluto legitimidade teológica, Jean Bodin, aduzia que:

*La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République, [...] Il est ici besoin de former la définition de souveraineté, parce qu'il n'y a ni jurisconsulte, ni philosophe politique, qui l'ait définie, [bien] que c'est le point principal, et le plus nécessaire d'être entendu au traité de la République.*³

Nesse sentido, Norberto Bobbio (1991, p. 65) esclarece que:

[...] a formação do Estado moderno coincide com o reconhecimento e com a consolidação da supremacia absoluta do poder político sobre qualquer outro poder humano. Esta supremacia absoluta se chama soberania. E esta significa, diante do exterior, em relação ao processo de libertação, independência; diante do interior, em relação ao processo de unificação, superioridade do poder estatal sobre qualquer outro centro de poder existente num determinado território.

³ Tradução livre: “A soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República [...] É necessário definir a soberania porque, apesar de constituir um tema principal e que precisa ser melhor compreendido ao se tratar da república, não foi definida ainda por nenhum jurisconsulto, filósofo ou político...”. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/bodin_jean/six_livres_republique/bodin_six_livres_republique.pdf>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2014.

Por outro lado, é também nessa época que se maturam doutrinas de *justificação* do Estado, à maneira como ele se concebeu – unitário, absoluto e soberano –, merecendo destaque a obra *O Leviatã*, de Thomas Hobbes. Conforme é sabido, o tema central da tese hobbeseana consiste no conceito de “estado natural”, como um momento primitivo, pretérito, de barbárie, uma “guerra de todos contra todos” – de sua máxima *homo homini lupus est*.

Nesse sentido, o Estado absoluto surgia em contraposição ao perfil caótico do estado natural. É então que se vislumbra a ideia de *contrato social*, como o pacto firmado entre os homens, abrindo mão de suas liberdades naturais, a fim de que o Estado os conservasse, protegendo-os deles mesmos e das ameaças estrangeiras, adotando todas as medidas necessárias para tanto (BOBBIO, 1991, p. 43).

A teoria contratualista é a pedra-angular da tese de Hobbes, também justificando a soberania do Estado, quando diz:

Isso é mais do que consentimento ou concórdia, pois resume-se numa verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens [...] Esta é a geração daquele enorme Leviatã, ou antes – com toda reverência – daquele deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa [...] É nele que consiste a essência do Estado, que pode ser assim definida: Uma grande multidão institui a uma pessoa, mediante pactos recíprocos uns aos outros, para em nome de cada um como autora, poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. O soberano é aquele que representa essa pessoa (HOBBS, 2002, p.130-1 31).

Assim, a *soberania popular* na visão de Thomas Hobbes, conforme estabelece Bonavides (2010, p. 141-142), consistia em fundamento da representação política – como objetivo do próprio contrato social –, por meio da qual os homens abririam mão do poder, que viria a ser exercido unicamente pelo monarca. A vontade popular, assim, importaria, pelos termos do contrato de Hobbes, na justificação do poder absoluto do monarca.

Com o início da Idade Contemporânea, cuja origem é marcada simbolicamente pela queda do *Anciën Régime*, ou seja, do Estado Absolutista, palco e destinatário das reivindicações das revoluções burguesas de então, novas ideias foram compiladas, especialmente pelos teóricos do tão em voga Iluminismo.

No seu *O Contrato Social*, exemplo mais latente, Jean-Jacques Rousseau confere novos sentidos às ideias de soberania e poder político apresentadas por Thomas Hobbes. Na teoria contratualista rousseaneana, a soberania compreenderia a existência de uma “*volonté générale*”, entendida como a disposição de cada ser humano de modo a reunir as suas

vontades para o firmamento do contrato social de criação de uma sociedade política, deixando, assim, o “estado de natureza”. Sobre a tal “vontade geral”, entendia o pensador:

Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral, e recebemos enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo. Imediatamente, em lugar da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, o qual desse mesmo ato recebe a sua unidade, o Eu comum, sua vida, e vontade. A pessoa pública, formada assim pela união de todas as outras, tomava noutro tempo o nome de cidade e hoje se chama república ou corpo político, o qual é por seus membros chamado Estado quando é passivo, soberano quando é ativo, poder se o comparam a seus iguais. A respeito dos associados, tomam coletivamente o nome de Povo, e chamam-se em particular Cidadãos, como participantes da autoridade soberana, e Vassallos, como submetidos às leis do Estado (ROUSSEAU, 2004, p. 32).

Para John Locke, nesse estado de natureza, reinava uma liberdade total dentre os homens, iguais e sem qualquer subordinação ou sujeição entre si, sem limites, o que acarretava a ausência de um juízo superior o qual definisse um equilíbrio entre os interesses de cada homem, ocasionando verdadeiro estado de guerra, segundo o autor:

[...] quando os homens convivem segundo a razão, sem uma autoridade superior comum no mundo que possa julgar entre eles, verifica-se propriamente o estado de natureza. Todavia, o uso da força, ou sua intenção declarada, contra pessoa de outrem, quando não qualquer instância superior comum sobre a Terra para quem apelar, configura o estado de guerra. [...] A falta de juiz investido de autoridade sobre os homens, coloca-os em um estado de natureza; a força aplicada sem o direito sobre uma pessoa gera um estado de guerra, tendo ou não juiz comum. (LOCKE, 1998, p. 24)

Locke salienta, no entanto, que à propriedade era conferido relevante valor, dado que constituía um fruto do próprio trabalho humano e o sustento de sua família, assim merecendo um proteção que o estado de natureza não conferia:

Embora, pois, no princípio, um homem bom, ou mesmo excelente, com destaque sobre todos os demais, tenha recebido tal referência por sua bondade e virtude como se fosse uma autoridade natural, [...] e criou sucessores sem aquelas qualidades, a comunidade, ao constatar que a propriedade não estava segura – visto ser a preservação da propriedade o fim principal do governo – viu que nunca poderia desfrutar de segurança e tranquilidade na sociedade civil. (LOCKE, 1998, p. 26)

Assim, além da consolidação das ideias de soberania e unificação territorial, um grande legado da teorização do Estado dessas épocas, sem dúvida, consistiu no *contratualismo*, como explicação palpável então da desmuda da sociedade do estado natural para a civilização. Conforme assevera Norberto Bobbio (1998, p. 272), a ideia de contrato social como elemento formador do Estado foi salientada em várias teorias desde então, por pensadores de épocas e realidades políticas diversas:

Em sentido muito amplo o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêm a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas, imperium*, Governo, soberania, Estado) em um contrato, isto é, um acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político. Num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do XVIII e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632-1704), J.-J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804). Por escola entendemos aqui não uma comum orientação política, mas o comum uso de uma mesma sintaxe ou de uma mesma estrutura conceitual para racionalizar a força e alicerçar o poder no consenso.

Seguindo a história, as ideias de Rousseau encampam o vitorioso embate entre a burguesia, a qual “desempenhou na história um papel extremamente revolucionário” (MARX; ENGELS, 2006, p. 47), e o absolutismo europeu, ocasionando especialmente a famosa *Revolução Francesa*, com início em 1789. Cumpre ressaltar, no entanto, que, com a ascendência política da burguesia, as ideias de Rousseau foram, certamente, relativizadas. Surgiam, então, os conceitos de *povo* e *nação*, afastando a ideia de soberania do indivíduo, como bem destaca Paulo Bonavides (2010, p. 142):

Aquela imagem do indivíduo titular de uma fração da soberania, com milhões de soberanos em cada coletividade, cede poder à concepção de uma pessoa privilegiadamente soberana: a Nação. Povo e Nação formam uma só entidade, compreendida organicamente como ser novo, distinto e abstratamente personificado, dotado de vontade própria, superior às vontades individuais que o compõem. A Nação, assim constituída, se apresenta nessa doutrina como um corpo político vivo, real, atuante, que detém a soberania através de seus representantes.

Nesse contexto, também, é quando se desenvolve a *teoria da tripartição dos poderes*, sistematizada pelo portentoso ensaio *Do espírito das leis* do Barão de Montesquieu, quando se vislumbra, após séculos de governos autocráticos, o conceito de democracia, antes sepultada na Antiguidade Clássica, recebendo, então, contornos modernos, ladeada pelos conceitos de *soberania, nação e povo*:

Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar, e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado. A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança, para que tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Se num Estado livre todo homem que supõe ter uma alma livre deve governar a si próprio, é necessário que o povo, no seu conjunto, possua o poder legislativo (MONTESQUIEU, 2002, p. 165-166).

Com efeito, desde o momento em que Maquiavel compulsou uma ideia primeira de Estado, a Teoria do Estado, ladeada pela Ciência Política, vem sempre tentando alcançar um conceito firme sobre o assunto, mas sempre se inclinando para uma das hipóteses destacadas no início desta secção – entre presunção e pretensão. Nesse sentido, David Easton (*apud* DALLARI, 2001, p. 41) ressalta que, mesmo após dois milênios de discussão sobre o Estado, nunca houve tanta discordância a respeito de um conceito científico, sem que se tenha alcançado qualquer uniformidade.

Santi Romano (1977, p. 61-63) esclarece que as desinteligências entre os doutrinadores quase nunca encimam o aspecto legal, tampouco aduzem a problemas interpretativos, haja vista aterem-se à análise da *natureza do Estado*, e entende-o, aprioristicamente, como uma instituição real, estando, no entanto, sua realidade unicamente condicionada à existência de uma ordem jurídica que a determine e delimite. Conclui ele:

[...] a definição de Estado mais ampla e sintética que se pode formular é a seguinte: ‘é Estado toda ordenação jurídica territorial soberana, isto é, originária’. O termo ‘ordenação jurídica’, quando for conveniente ressaltar mais explicitamente certos aspectos do conceito, pode ser substituído por outros, substancialmente equivalentes, como ‘ente’, ‘comunidade’ ou ‘instituição’ (ROMANO, 1977, p. 92-93).

Por sua vez, Hans Kelsen, sempre no ensejo comprovar o direito como *ciência pura*, identifica também o Estado com essa *pureza* e defende-o como “ordem da conduta humana que chamamos de ordem jurídica” (KELSEN, 1992, p. 190), objetivando afastar tal ideia jurídica da compreensão sociológica, para a qual corresponderia o Estado à soma de diversos fatores sociais sob uma ordem jurídica.

Nessa senda, Kelsen (1992, p. 190-191) salientava que a confluência entre o Estado e a ordem jurídica era clara, sobretudo pelo fato de a própria Sociologia considerar aquele como *sociedade política organizada*. Cumpre salientar, no entanto, tendo em vista o rechaço que a teoria kelseniana sofreu – apesar da influência que ainda desempenham suas teses – em face dos absurdos cometidos por representantes estatais, encimados no positivismo, já não mais é amplamente aceita uma ideia de Estado como um ente estritamente jurídico.

Por outro lado, é interessante a crítica marxista de Evgeni Pachukanis (1988, p. 93) às interpretações jurídicas do Estado, ao considerá-lo como elemento de poder das classes dominantes, quando afirma:

O Estado, enquanto organização de domínio de classe enquanto organização destinada a travar as guerras externas, não necessita de interpretação jurídica e muito

menos a permite. É um setor onde reina a chamada razão de Estado, que nada mais é que o princípio da oportunidade pura e simples. [...] É por isso que toda teoria jurídica do Estado que queira atualmente captar *todas* as funções do Estado é necessariamente inadequada. Ela não pode ser o reflexo fiel de todos os fatos da vida do Estado e não pode dar senão uma reprodução ideológica, ou seja, deformada da realidade.

Perpassando tais desacordos teóricos, cumpre verificar que, na hodiernidade, os doutrinadores vislumbram, em uníssono, três elementos mínimos para a constituição de um Estado, quais sejam *povo*, *território* e *soberania*, consistindo esta última no elemento de maior relevância, sobretudo num aspecto mais político que legal⁴.

Nessa senda, considerando os diversos aspectos pelos quais o Estado é esquadrihado, Alexandre Groppali divide-os em três eixos principais, um primeiro relativo aos elementos constitutivos do ente estatal; um segundo atinente à sua forma e conteúdo normativo; e, por último, pela verificação de sua unidade. Levando em conta tais critérios, consistiria o Estado, para ele, em uma pessoa jurídica de direito público, soberana, formada por um povo organizado sobre um território, sob uma ordenação jurídica suprema, com a finalidade de defesa, ordem, e promoção do bem-estar social (GROPPALI, 1953, p. 301-303).

2.1.2 O conceito de sociedade

As ciências sociais estipulam várias origens ou razões de origem da sociedade, sempre a depender da dimensão do espírito humano que abordam enquanto objeto científico, aludindo ao momento histórico em que o homem decidira sedentarizar-se, *id est*, quedar num mesmo espaço geográfico por toda a vida, e arranjar-se em famílias, tribos, fratrias, bem antes de se organizarem enquanto Estado, tema da secção anterior (AQUINO; FRANCO; LOPES; 2003, p. 249).

Na Psicanálise, Freud (1940, p. 3), ao comparar o homem primitivo com os arranjos das tribos aborígenes da Austrália, mesmo defendia que o “tabu” ou “horror ao incesto” se configurava como elemento formador da sociedade, quando a ideia inicial do totemismo visava identificar as famílias de modo a evitar relações incestuosas:

⁴ É mundialmente conhecida a penúria do povo curdo, o qual, apesar de constituir uma unidade étnica e cultural que o configure como nação e residir, ainda que precariamente, como refugiados ou imigrantes, no espaço geográfico, não possui um Estado reconhecido. A origem do Estado de Israel é contraponto relevante no sentido de que, apesar de não se encontrarem reunidos no mesmo *locus* geopolítico, sob o contexto das diásporas hebreias, os judeus conseguiram, não apenas em razão do holocausto, como também pela história do movimento sionista, a atenção da comunidade internacional, aqui relevada por que é no plano internacional que se reconhece a soberania de um Estado. O brasileiro, por exemplo, quando de sua independência em 1822, foi primeiramente reconhecido pelos países que já se haviam declarado independentes, como os EUA e o México. Película magistral que retrata os conflitos envolvendo a formação do Estado de Israel é o filme *Exodus*, sob a direção de Otto Preminger, baseado no livro homônimo de Leon Uris.

*Von diesen armen, nackten Kannibalen werden wir gewiß nicht erwarten, daß sie im Geschlechtsleben in unserem Sinne sittlich seien, ihren sexuellen Trieben ein hohes Maß von Beschränkung auferlegt haben. Und doch erfahren wir, daß sie sich mit ausgesuchtester Sorgfalt und peinlichster Strenge die Verhütung inzestuöser Geschlechtsbeziehungen zum Ziele gesetzt haben. Ja ihre gesamte soziale Organisation scheint dieser Absicht zu dienen oder mit ihrer Erreichung in Beziehung gebracht worden zu sein.*⁵

Já na Antropologia, Fustel de Coulanges (1900, p. 63-64) associa a origem de valores sociais como o domicílio e patrimônio à religião primitiva, de culto familiar ao “fogo sagrado” – “*le feu sacré*” –, quando afirma:

*Or, entre ces dieux et le sol, les hommes des anciens âges voyaient un rapport mystérieux. Prenons d'abord le foyer: cet autel est le symbole de la vie sédentaire; son nom seul l'indique. Il doit être posé sur le sol; une fois posé, on ne doit plus le changer de place. Le dieu de la famille veut avoir une demeure fixe; matériellement, il est difficile de transporter la pierre sur laquelle il brille; religieusement, cela est plus difficile encore et n'est permis à l'homme que si la dure nécessité le presse, si un ennemi le chasse ou si la terre ne peut pas le nourrir. Quand on pose le foyer, c'est avec la pensée et l'espérance qu'il restera toujours à cette même place. Le dieu s'installe là, non pas pour un jour, non pas même pour une vie d'homme, mais pour tout le temps que cette famille durera et qu'il restera quelqu'un pour entretenir sa flamme par le sacrifice. Ainsi le foyer prend possession du sol; cette part de terre, il la fait sienne; elle est sa propriété (COULANGES, 1900, p. 64).*⁶

Para a Filosofia do já mencionado Rousseau (1999, p. 87), a origem da sociedade é também atrelada à origem das desigualdades entre os homens, quando defende ele, com veemência:

[...] o verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer isto é meu e encontrou pessoas suficientemente simplórias para acreditá-lo. Quantos crimes, guerras, assassinios, misérias e horrores não pouparia ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado aos seus semelhantes: não deis ouvidos a esse impostor;

⁵ Tradução livre: “Naturalmente não era de se esperar que a vida sexual desses canibais pobres e desnudos fosse moral no nosso sentido ou que seus instintos sexuais estivessem sujeitos a um elevado grau de qualquer restrição. Entretanto, verificamos que eles estabelecem para si próprios, com o maior escrúpulo e o mais severo rigor, o propósito de evitar relações sexuais incestuosas. Na verdade, toda a sua organização social parece servir a esse intuito ou estar relacionada com a sua consecução.” O totemismo teve releituras muito importantes depois da abordagem de Freud. Rivers, por exemplo, considerava-o composto de três elementos, sendo o psicológico um deles, ladeado por um aspecto ritual e outro social (LÉVI-STRAUSS, 1975, p. 19).

⁶ Tradução livre: “Ora, entre esses deuses e o solo, os homens das épocas mais antigas divisavam uma relação misteriosa. Tomemos, em primeiro lugar, o lar; esse altar é o símbolo da vida sedentária, como o nome bem o indica. Deve ser colocado sobre a terra, e, uma vez construído, não o devem mudar mais de lugar. O deus da família deseja possuir morada fixa; materialmente, é difícil transportar a terra sobre a qual ele brilha; religiosamente, isso é mais difícil ainda, e não é permitido ao homem senão quando é premido pela dura necessidade, expulso por um inimigo, ou se a terra não o puder sustentar por ser estéril. Quando se constrói o lar, é com o pensamento e a esperança de que continue sempre no mesmo lugar. O deus ali se instala, não por um dia, nem pelo espaço de uma vida humana, mas por todo o tempo em que dure essa família, e enquanto restar alguém que alimente a chama do sacrifício. Assim o lar toma posse da terra; essa parte da terra torna-se sua, é sua propriedade.”

estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém!

Para a Ciência Política, a sociedade seria elemento característico do homem, consistindo ela em estágio anterior ao próprio Estado, o qual existiria como forma de organizar os arranjos sociais, como bem destaca Darcy Azambuja (2005, p.100):

[...] só um fato é permanente e dele promanam outros fatos permanentes: o homem sempre viveu em sociedade. A sociedade só sobrevive pela organização, que supõe a autoridade e a liberdade como elementos essenciais; a sociedade que atinge determinado grau de evolução, passa a constituir um Estado. Para viver fora da sociedade, o homem precisaria estar abaixo dos homens ou acima dos deuses, como disse Aristóteles, e vivendo em sociedade, ele, natural e necessariamente, cria a autoridade e o Estado.

A aproximação pelo autor entre os conceitos de sociedade e Estado consolida-se quando este é mesmo considerado como uma *sociedade política*, constituída de uma coletividade unida e organizada segundo um bem comum, por meio de normas jurídicas (AZAMBUJA, 2005, p. 2).

Para o Direito, a origem da sociedade teria importado no surgimento também do jurídico, não existindo ou pré-existindo aquela sem este ou este sem aquela – *ubi societas, ibi ius*. Nesse sentido, esclarece, didaticamente, Sergio Cavalieri Filho (2007, p. 17):

Se o homem não vivesse em sociedade, jamais poderia germinar em sua consciência a idéia do direito, pois o mundo do direito é o das relações entre os homens. Direito é realidade da vida social, e não da natureza física ou do mero psiquismo dos seres humanos. Em suma, não haveria o direito sem sociedade. Daí a veracidade de antigo brocado: *ubi societas, ibi jus*, onde está a sociedade está o Direito. Mas a recíproca é também verdadeira: *ubi jus, ibi societas* - onde está o Direito está a sociedade -; a vinculação entre ambas é tal que um não pode existir sem o outro.

No mesmo sentido, entende Antonio Luís Machado Neto (1987, p. 154):

Somente a vida humana, que enquanto vida biográfica não é natureza, mas história, somente ela pode necessitar de normas que a antecipem e pretendam regular. Somente a vida humana, porque não nos é dada feita, pode necessitar de um projeto de realização. Pois bem, as normas sociais envolvem um projeto coletivo de vida, que prevenindo a conduta anti-social, procura evitá-la ou puni-la através da sanção que a norma pressupõe.

Do exposto, entende-se a sociedade como elemento anterior ao Estado e ao direito, ainda que deles dependente quase sempre para existir e manter-se, importando em sua relevância enquanto entidade política. Não está adstrito o conceito de sociedade à abstração de um coletivo de pessoas, mas, pelo contrário, volta-se à ideia de um organismo social, de um ente social, concebível mesmo sem ser palpável.

Nesse contexto, vale destacar os instrumentos ou espaços por meio dos quais a sociedade se organiza com maior efetividade, em se tratando da política, que exige esforço

diuturno para ser construída. Destacam-se nesse cenário os grupos de pressão, os movimentos populares, as associações civis, as Organizações Não-Governamentais, as entidades de classe e os sindicatos, as entidades estudantis, os partidos políticos, dentre outras manifestações, cada uma dedicando-se à pauta que lhe cabe.

O presente trabalho passa, destarte, a ater-se ao conceito de *sociedade civil*, que é expressão recorrente nos textos de ciência política, para empós discorrer um pouco acerca dos movimentos sociais como propulsores das questões políticas, no contexto da democracia participativa, a ser desenvolvido mais à frente. Parte-se da premissa de que, embora se denuncie a máquina pública como aparato de interesses escusos e anteparo dos anseios sociais, o Estado de Direito, o princípio democrático e os direitos e garantias fundamentais permitem a estes organismos construírem a política às suas maneiras.

2.1.3 A sociedade civil e os movimentos sociais

Como é costume salientar nas pesquisas acerca deste tema, o conceito de *sociedade civil* é um dos conceitos mais citados, porém dos mais obscuros da teoria política contemporânea, ainda que remetendo suas origens ao período clássico, à aurora do direito ocidental – *koinonia politike*, para os gregos, e *societas civilis*, para os romanos. Nesse sentido, alerta Norberto Bobbio para as abordagens imprecisas sobre tal expressão:

[...] ao contrário do conceito de Estado, que tem atrás de si uma longa tradição, o conceito de sociedade civil – que deriva de Hegel e reaparece atualmente, em particular, na linguagem da teoria marxiana da sociedade – é usado, até mesmo na linguagem filosófica, de modo menos técnico e rigoroso, com significações oscilantes, que exigem certa cautela na comparação e algumas precisões preliminares (BOBBIO, 1994, p. 26).

Bobbio, assim, indica que o conceito de sociedade civil teve nuances diferenciadas segundo a orientação das escolas que o abordavam. No *jusnaturalismo*, em toda a sua tradição, a expressão *societas civilis*, em vez designar a sociedade anterior ao Estado – como ocorre na filosofia de Hegel e Marx, correspondia à *sociedade política*, ou seja, de Estado (BOBBIO, 1994, p. 26). Já com Hegel a sociedade civil, abruptamente, equipara-se ao conceito de *estado natural*, de *sociedade pré-política*, como o momento instável anterior à ordem estatal:

Essa inovação é radical com relação à tradução jusnaturalista, porque Hegel, ao representar a esfera das relações pré-estatais, abandona as análises predominantemente jurídicas dos jusnaturalistas, que tendiam a reduzir as relações econômicas às suas formas jurídicas (teoria da propriedade e dos contratos), e, desde os anos juvenis, serve-se dos economistas, especialmente os ingleses, para os quais

as relações econômicas constituem o tecido da sociedade pré-estatal e nos quais a distinção entre o pré-estatal e o estatal é figurada cada vez mais como distinção entre a esfera das relações econômicas e a esfera das instituições políticas (BOBBIO, 1994, p. 28).

Para Marx, ainda que partilhando das ideias hegelianas de crítica ao *jusnaturalismo*, a sociedade civil corresponde a um campo no qual se perpetram e perpetuam as relações econômicas, âmbito qual se irrompem os conflitos de interesses entre as diversas classes, atribuindo as perspectivas do materialismo histórico à concepção – idealista – de Hegel. Assim, sintetiza Norberto Bobbio acerca do perfil de sociedade civil vislumbrando na teoria dos dois alemães:

A sociedade civil do modelo hegelo-marxiano cobre a área de uma primeira e fundamental dimensão da sociedade moderna, em cujo interior os sujeitos singulares, tornados livres como indivíduos autônomos graças à dissolução dos antigos vínculos de dependência pessoal, ligam-se necessariamente entre si, para além da dimensão política, com base em seus próprios carecimentos, interesses e finalidades privadas. Nesse sentido, a *bürgerliche Gesellschaft* é 'por natureza', e não 'por convenção' como a *societas civilis*, a qual, por isso, aparece como uma instituição artificial (BOBBIO; BOVERO, 1986, p. 147).

E completa que “a análise sumária do conceito de sociedade civil, desde os jusnaturalistas até Marx, terminou com a identificação – realizada por Marx – entre sociedade civil e momento estrutural” (BOBBIO, 1994, p. 32). É desta premissa que parte o autor para compulsar o entendimento de Antonio Gramsci, o qual, apesar de marxista, teria segundo Bobbio, uma leitura diferenciada a respeito da sociedade civil.

No entanto, conforme salienta Guido Liguori, a leitura comparativa de Bobbio entre a ideia de sociedade civil de Marx e a de Gramsci, apesar de corretamente identificar a sociedade civil em Marx com a base material, ou seja, com a infraestrutura econômica, o que Gramsci realizou com a superestrutura, caminhou para uma conclusão equivocada:

[...] enquanto Marx considerava a sociedade civil (base econômica) como o fator primário da realidade histórico-social, Bobbio supõe que a transformação efetuada por Gramsci desloque da “infraestrutura” para a “superestrutura” (e precisamente para a sociedade civil), esta centralidade (LIGUORI, 2007, p. 40).

Por outro lado, o próprio Bobbio salienta que a compreensão atual da sociedade civil é um tanto confusa, sendo mesmo destoante da ideia de sociedade pré-estatal concebida anteriormente, quando hoje chega mesmo a confundir-se com o próprio Estado e as instituições, no que diz:

No debate atual, como se disse ao início, a contraposição permaneceu. A ideia de que a sociedade civil é o anteato (ou a contrafação) do Estado entrou de tal maneira na prática cotidiana que é preciso fazer um grande esforço para se convencer de que, durante séculos, a mesma expressão foi usada para designar aquele conjunto de

instituições e de normas que hoje constituem exatamente o que se chama de Estado, e que ninguém poderia mais chamar de sociedade civil sem correr o risco de um completo mal entendido (BOBBIO, 2007, p. 49).

Com efeito, as discussões até agora serviram para denotar quão anuviados encontram-se os contornos da ideia de sociedade civil. Vale destacar, no entanto, o fato de que, à semelhança do que ocorrera com as ideias de nação e povo, a sociedade civil passou a ocupar lugar de destaque nos discursos e práticas políticas contemporâneos, nem sempre para o bem de seus reais destinatários. A sociedade civil corresponderia, assim, a uma projeção política do próprio corpo social, da sociedade *per se*, enquanto variável política, subdividida em várias esferas de atuação na vida civil, política.

Nesse contexto, em que a própria sociedade é legitimada a adentrar no pleito político, como um titular dos interesses da coletividade, os *movimentos sociais* avultam-se como sujeitos coletivos de direitos, que projetariam na política as intenções da parcela social que representam. Nesse sentido, define-os Antônio Carlos Wolkmer (2001, p. 240) como:

[...] identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomos, advindos de diversos estratos sociais, com capacidade de auto-organização e autodeterminação, interligadas por formas de vida com interesses e valores comuns, compartilhando conflitos e lutas cotidianas que expressam privações e necessidades por direitos, legitimando-se como força transformadora do poder e instituidora de uma sociedade democrática, descentralizadora, participativa e igualitária.

À mesma maneira, Leonardo Avritzer (1994, p.189-190) defende que “os movimentos sociais constituem aquela parte da realidade social na qual as relações sociais ainda não estão cristalizadas em estruturas sociais, onde a ação é a portadora imediata da tessitura relacional da sociedade e do seu sentido”. Os movimentos constituiriam, assim, em microcosmos da problemática social como um todo, como partes de um tecido que se pretende reparar por completo. Tal caráter pauta-específico não importa, *venia concessa*, na alegação de Jaime e Carla Pinsky (2003, p. 568) de que “os movimentos populares se caracterizaram por um alcance limitado a questões localizadas na vida prática da comunidade”.

Pelo contrário, a tônica combativa, resistiva dos movimentos põe em cheque toda a estrutura representativa, todo o aparato institucional, ainda que de forma mais expressiva em algumas searas que em outras. Como exemplo, podemos ilustrar que movimentos urbanos tendem sempre a atuar ante órgãos habitacionais dos municípios; associações de vítimas da violência requerem diretamente aos Estados, aos quais compete constitucionalmente a segurança pública ostensiva; movimentos indígenas e quilombolas tratam diretamente com a União, a qual é competente para reconhecer-lhes território.

Assim, a amplitude das inquietações, bem como a definição dos destinatários de seus reclames não dependem do momento político em que se desenvolvem. No dizer de Vicente Faleiros (1985, p. 82), “se a conjuntura é favorável à mobilização popular e expansão das lutas, a estratégia pode ser mais ofensiva, se o momento se apresenta desfavorável e marcado por uma retração das forças populares a estratégia é defensiva”.

Tais elucubrações, a quais não necessariamente levam a elucidações, compõem a chamada *teoria dos movimentos sociais*, que por muito tendeu a considerá-los como objetos de estudo da sociologia, como bem defendiam os primeiros teóricos, norte-americanos, desconsiderando seu caráter político efetivo. Nesse sentido, discorre Maria da Glória Gohn (1997, p. 24).

Assim, os comportamentos coletivos eram considerados pela abordagem tradicional norte-americana como fruto de tensões sociais. A idéia da anomia social estava sempre muito presente, assim como explicações centradas nas reações psicológicas às frustrações e aos medos, e nos mecanismos de quebra da ordem social vigente. Estes elementos, aliados às ideologias homogeneizadoras, eram condições importantes para a emergência dos movimentos sociais. O sistema político era visto como uma sociedade aberta a todos, plural, permeável. Mas os movimentos sociais não tinham a capacidade de influenciar aquele sistema devido a suas características espontâneas e explosivas. Somente os partidos políticos, os grupos de interesses e alguns líderes tinham tal capacidade.

Inobstante a diversidade de atributos leituras sobre os movimentos sociais, interpretados das mais diferentes maneiras – a questão, porém, é transformar a política, parafraseado Marx e Engels –, a prática política denota tais estruturas organizativas como meios legítimos e eficazes não só de reivindicação de direitos, como também de criação de *novos direitos*. No dizer de Wolkmer (2001, p. 339-340):

O “novo” quando representado por grupos sociais comunitários, como o movimento dos “sem-terra”, refere-se à ação consciente, espontânea e autônoma posta em mobilização. O “novo” está no fato de se constituírem independentemente, com capacidade de apresentarem “fora” das amarras e dos limites do locus político institucional.

Ora, o papel político dos movimentos sociais está inserido, inevitavelmente, numa perspectiva de conflito, no sentido dialético da palavra, em que a eles naturalmente devem se opor os poderes constituídos, os mantenedores do *status quo* político e social que pretendem alterar os movimentos, pelo menos nas searas que lhe dizem respeito mais especificamente. Assim entende João Batista Herkenhoff (2004, p. 25):

Os movimentos sociais não se submetem aos padrões do Direito estabelecido. Sobretudo em sociedades, como a brasileira, onde milhões de pessoas estão à margem de qualquer direito, num estado de permanente negação da Cidadania, os

movimentos sociais estão sempre a “criar direitos” à face de uma realidade sociopolítica surda aos apelos de direito e dignidade humana.

Por sua vez, Enrique Dussel entende que a organização do povo é indispensável para a efetivação do próprio princípio democrático:

La organización es ya un pasaje de la potentia (el poder del pueblo, de los movimientos sociales) e la potestas (el poder que se da instituciones para ejercer delegadamente el poder concretamente). Sin esa separación, sin esse desdoblamiento (poder en-sí potencial y poder para-sí institucional), sin organización el poder del pueblo es pura potencia, posibilidad, inexistencia objetiva, voluntarismo ideal (DUSSEL, 2006, p. 116).⁷

Do exposto, os movimentos sociais constituem espaço legítimo e indispensável ao triunfo das reivindicações sociais, sobretudo num contexto em que não se reclamam “novos” direitos, mas, antes mesmo, a efetivação do rol de garantias sociais desde há muito previstas, sem que há muito se façam do verbo constitucional políticas públicas efetivas.

Vale destacar, ademais, que, além dos óbices que mesmo a praxe política apresenta, como a burocracia, o autoritarismo, a prolixidade do direito, dentre outros, os movimentos sociais são diuturnamente apodados, escarnecidos e repelidos como se facções criminosas fossem. Tal fenômeno é recorrente, encimando quase sempre a tendenciosa cobertura por parte da grande mídia sobre intervenções mais enérgicas, quando há falar em *criminalização dos movimentos sociais*.

Ora, quando da cobertura por parte da mídia corporativa de uma intervenção dos movimentos, *exempli gratia*, contra uma postura do governo, ocorre inegável e intensa hostilização dos manifestantes, por meio de uma cobertura reducionista da publicidade corporativa, pelos “senhores da mídia, freando a repercussão dos fatos e deturpando a informação” (BONAVIDES, 2001, p. 13), os quais inegavelmente têm como um de seus maiores clientes o próprio governo.⁸

2.2 Direito e controle social

A ideia desenvolvida nestas últimas secções veio defendendo uma *anterioridade* ou *primariedade* dos conceitos envolvendo a sociedade em relação ao próprio Estado, sendo

⁷ Tradução livre: “A organização já é uma passagem de *potentia* (poder do povo, os movimentos sociais) e *potestas* (o poder que é dado às instituições que exercem o poder de forma indireta especificamente). Sem essa separação, sem divisão ESSE (para o potencial em-si e para-si a institucional), o poder do povo desorganizado é puro poder, possibilidade, objetiva falta voluntarismo ideal”.

⁸ DILMA gasta R\$ 2,3 bi com publicidade em 2013 e bate recorde. Fernando Rodrigues. De Brasília. Em 16/04/2014. 3h20min. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/04/1441349-dilma-bate-recorde-em-gastos-publicitarios.shtml>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

este derivação política, formal e jurídica daquela. Isto posto, qual o porquê da inversão da ordem no trato desses assuntos no presente trabalho? Tal expediente metodológico visa, justamente, representar a inversão de valores quando de um conflito entre a sociedade e o Estado que lhe deve servir, cenário em que este tantas vezes prevalece sobre aquela, pautado em toda forma de argumentação jurídica.

Nesse contexto, em que o direito é o fundamento maior do Estado, sobretudo quando se arvora este contra a sociedade, é que os conceitos de *controle*, *socialização* e *controle social* despontam como elementos imprescindíveis para a compreensão da problemática atual da relação Estado-sociedade. Assim, passa-se a avaliar o direito enquanto instrumento de controle e, ainda, a sua forma de expressão mais aplicada pelo Estado – a lei.

2.2.1 O direito como instrumento de controle

Há uma ligação íntima do direito com o *controle social*, aqui compreendido não como a participação popular da administração pública⁹, mas como instrumento de *controle da sociedade*. Nesse sentido, cumpre verificar o entendimento de Antonio Luís Machado Neto (1987, p. 167):

O direito, centro de nossa atenção nesse trabalho, é, pois, o modo mais formal do controle social formal. Sua função é a de socializador em última instância, pois sua presença e sua atuação se faz necessária quando já as anteriores barreiras que a sociedade ergue contra a conduta anti-social foram ultrapassadas, quando a conduta social já se apartou da tradição cultural, aprendida pela educação para, superando as condições de mera descortesia, simples imoralidade ou mesmo, pecado, alcançar o nível mais grave do ilícito ou, tanto pior, do crime.

Por estar em acordo com o inteiro mecanismo do controle social que se lhe antecipa (todo ele mais exigente em extensão, mas, menos exigente em profundidade ou em sanção que o direito) o direito pode reservar sua atuação para a última "chance", aguardando que antes dele os níveis anteriores e mais compreensivos do controle social façam a sua parte como instâncias primeiras da socialização.

É a visão clássica do direito como meio de contenção de vontades conflitantes, de interesses contrários, coordenáveis apenas por meio de uma terceira força, que se legitima justamente por objetivar tal “paz social”, “como instrumento de socialização em última instância”, cumprindo a função de “conservador do *status quo*, também servindo a legitimar o poder político e a favorecer o seu domínio sobre a opinião pública” (MACHADO NETO, 1987, p. 167).

⁹ No Direito Financeiro, muito se fala, tendo-se por base os mandamentos constitucionais sobre o orçamento, em *controle social das contas públicas*, de que decorrem a atuação junto aos Tribunais de Contas, o direito de denúncia e representação etc.

Sobre essa “paz social” por meio do controle, Kelsen estipula que a ordem social é mantida pelo monopólio da força por parte do Estado, quando afirma:

El Estado moderno es el tipo más perfecto de un orden social que establece un monopolio de la fuerza por la comunidad. Su perfección se debe a la centralización del empleo de la fuerza (lo que no debe confundirse con su monopolización. Dentro del Estado se alcanza en el mayor grado posible la pacificación de las relaciones entre los individuos, es decir, la paz nacional (KELSEN, 1946, p. 29).¹⁰

O direito, desta sorte, é simultaneamente meio e fim do controle. Meio porque consiste no instrumento mais eficaz de controle das relações sociais, porque amparado pelo Estado e amparando este, com o poder de força monopolizado pelo ente estatal. Nesse sentido, entende Bobbio (2007, p. 80) que o próprio poder político poder político identifica-se, assim, “com o exercício da força e passa a ser definido como aquele poder que, para obter os efeitos desejados (retomando a definição hobbesiana), tem o direito de se servir da força, embora em última instância, como *extrema ratio*”. Desta sorte, o direito é fim por também constar como objetivo estatal, compondo a “paz social”, o “bem comum”...

Ocorre que, mesmo passados séculos da primeira idealização de Estado como instrumento de controle do *monstro sociedade*, ainda persistem fundamentos próximos às teses primordiais de segurança, ordem, controle. Nesse sentido, aduz Alexandre Groppali (1953, p. 135):

[...] se quisermos portanto encontrar as razões profundas pelas quais os Estados comandam os cidadãos e os cidadãos obedecem, é preciso procurá-las naqueles fins de defesa, de ordem, de conservação e melhoramento da sociedade e dos indivíduos, que os Estados procuram realizar, tutelando, através dos interesses da coletividade, os interesses dos particulares. Os cidadãos obedecem ao Estado porque uma longa, milenária experiência, ensinou-lhes como só no Estado e por meio do Estado, se torna possível conseguir a defesa dos interesses e a garantia de seu progresso e melhoramento.

Nessa senda, ressalta o mesmo autor a ideia de que consiste o Estado no melhor caminho para os cidadãos encontrarem proteção e amparo, voz e vez, ordem e progresso:

O cidadão, que no Estado moderno sabe que encontra a defesa dos seus direitos, a garantia do seu futuro através do trabalho, e o pão, mesmo quando a moléstia e a velhice entristeceram os seus dias, se afeiçoa ao Estado ao qual torna-se glória pertencer, constituindo orgulho sacrificar até a própria vida quando esteja em jogo sua salvação. [...] O cidadão que sabe ser considerado não apenas como súdito, mas também como soberano, porquanto, através das eleições, participa da formação dos órgãos constitucionais do Estado; o cidadão que se sente defendido pela lei da violência dos particulares e dos atos ilegítimos das administrações públicas e que

¹⁰ Tradução livre: “O Estado moderno é o mais perfeito exemplo de uma ordem social estabelecida o monopólio da força por tipo de comunidade. Sua perfeição é devido à centralização do uso da força (para não ser confundido com o seu monopólio). Dentro do Estado é alcançada na maior medida possível, a pacificação das relações entre os indivíduos, ou seja, a paz nacional”.

sabe que o dinheiro pago por ele ao Estado sob a forma de impostos e taxas é pago por todos na proporção de suas posses e que o mesmo, sob rígida fiscalização, é gasto, para o bem comum, como é do seu desejo; o cidadão que vê os cargos públicos e as públicas honrarias, acessíveis a todos de maneira igual, sem distinção de raça, de religião ou de fé política, tendo-se em conta apenas a competência e o mérito; o cidadão, dizíamos, que sabe, sente e vê tudo isso, acaba por amar o estado, por compenetrar-se de seus fins superiores e por colaborar na sua realização (GROPPALI, 1953, p. 318-319).

No mesmo sentido, Nicos Poulantzas destaca a função do direito positivo (lei) como meio de controle do “terror” da sociedade natural:

[...] a lei só tardiamente, com o Estado capitalista e sua constituição histórica, apresentou-se como imitação do arbítrio estatal, até mesmo como barreira a uma certa forma de exercício da violência. É esse “Estado de direito” que foi concebido como oposto ao poder ilimitado, criando a ilusão do binômio Lei-Terror (POULANTZAS, 1980, p. 85).

Assim, o *Direito Público* ou o *Direito do Estado* passam a versar, encimados nas justificativas históricas, sobre a maneira pela qual poder estatal passa a imiscuir-se na sociedade, tentando amoldá-la. O *controle*, destarte, é a forma ou fôrma a qual pretende o Estado atribuir à sociedade, por meio do direito.

Com efeito, vale a crítica da Sociologia Jurídica no sentido que, a despeito de toda proposta de controle social por meio de normas jurídicas, jamais poderia o direito conglobar todas as nuances da realidade social, pela infinidade dos arranjos por meio dos quais se permeiam as relações sociais – bem mais numerosas que as relações jurídicas. Nesse sentido:

Sin embargo, la regulación jurídica no abarca la totalidad del actuar societario o comunitario, es decir, el derecho no está detrás de todo el actuar social, sino solamente de algunos supuestos: "tradiciones, costumbres, convenciones, intereses juegan también un papel. incluso a veces más decisivo. El control social dispón de otros canales para asegurar la persistencia de la formación social correspondiente. El derecho no resulta objetivamente limitado, al contrario de cuanto supone la ciencia jurídica. Esta historización del derecho es el resultado más normal, desde el punto de vista sociológico” (DULCE, 1989, p. 168).¹¹

Ademais, a prática mostra que, inobstante a amplitude do controle que o Estado pretende conferir à sociedade, a realidade mostra-se mutável numa ligeireza incansável, inalcançável pelo direito, situação em que se avultam inumeráveis arbitrariedades, na tentativa de adequarem os fatos às normas, em vez do inverso. Cai por terra, assim, a benevolência dos

¹¹ Tradução livre: “No entanto, a regulamentação legal não cobre todo o ato societário ou da comunidade, ou seja, o direito não está por trás de todo o ato social, mas apenas alguns casos. ‘tradições, costumes, convenções, interesses também desempenham um papel ainda às vezes mais decisiva. O controle social dispõe de outros canais para garantir a persistência da formação social correspondente. O direito não está objetivamente limitado, ao contrário do que apregoa a ciência jurídica. Esta historização do direito é o resultado mais normal, desde o ponto de vista sociológico”.

argumentos pró-controle, haja vista que o Estado tantas vezes abusa do uso da força contra a sociedade, e respaldado pelo direito.

Nesse contexto, é bastante adequada a crítica de Engels acerca da inversão de parâmetros quando do conflito entre a sociedade e o Estado, o qual, para ele:

É antes um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. Mas para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da “ordem”. Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado (ENGELS, 1984, p. 191).

Engels assesta sua crítica contra os voláteis argumentos de justificação do Estado que se aplicam ao controle social, consistindo em arrematado anacronismo comportar ao Estado contemporâneo os aspectos instáveis do Estado pré-moderno, que explicassem, ou talvez justificassem, a visão dos primeiros cientistas políticos. De todo o exposto, tomando por base o liame ideológico entre os conceitos de Estado e de controle social e o direito, resta falar naquela a qual corresponde à principal fonte de expressão das normas jurídicas, seu assento e origem precípua: a lei.

2.2.2 A lei como principal fonte do direito

Antonio Carlos Wolkmer (2006, p. 1) afirma, sobriamente, que, mesmo nos mais remotos arranjos sociais, “a lei é considerada parte nuclear de controle social, elemento material para prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas”, correspondendo a um meio precípua de produção de normas jurídicas: assim como as normas morais e éticas se fundamentam nos ritos sociais e as normas religiosas, a seu tempo, fundamentam-se em dogmas religiosos, é na lei que o direito encontra sua principal *fonte de expressão*.

Cumprido salientar, no entanto, antes de adentrar na temática da presente secção, que a chamada *teoria das fontes do direito* tem sido exigentemente revisitada, sem receber a merecida análise da Teoria do Direito nos últimos anos, a despeito e em detrimento do fato de comportar elementos essenciais não só à compreensão do jurista, enquanto pesquisador, como também ao trabalho do aplicador do direito e à vida do cidadão, enquanto sujeito de direitos.

Nesse sentido, destaca Lúcio Chamon Júnior (2008, p. 1):

Uma questão com a qual as discussões de Teoria do Direito contemporâneas pouco se têm preocupado reflexivamente é a referida a um resgate crítico reconstrutivo da

chamada “Teoria das Fontes do Direito”, cujos desenvolvimentos mais elaborados, desde a Escola Histórica, passando pelo pandectismo, pelo positivismo clássico e pelo neo-positivismo, é muitas vezes assumido sem maiores e mais profundas problematizações – sobretudo em face do caráter moderno do Direito.

E entende o autor que a questão primordial envolvendo as fontes do Direito “refere-se aos pressupostos interpretativos assumidos em face da própria compreensão e prática do Direito moderno [...] pressupostos nem sempre explicitados e que a *praxis* jurídica contemporânea em muito se mostra ainda presa, quais sejam, a questões referentes á discricionariedade jurisdicional e ao culto pelo texto legislativo” (CHAMON JÚNIOR, 2008, p.41). Tais problemas remontam às teorias de argumentação jurídica, tema alheio à presente pesquisa.

Por outro lado, a despeito de tais questões as quais cabe a Teoria Geral do Direito encampar, é de clareza solar a relevância que a lei possui enquanto *fonte do direito*, haja vista a própria antiguidade de sua utilização enquanto elemento de exposição de normas jurídicas, independentemente do nível de organização das sociedades em que se fez perceber. Nesse sentido, cumpre primariamente buscar um conceito de *fonte do direito*.

Nessa senda, vale colacionar a didática acepção de Miguel Reale (2001, p. 130):

Por “fonte do direito” designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa. O direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo de certas *fôrmas*, ou *estruturas normativas*, que são o *processo legislativo*, os *usos e costumes jurídicos*, a *atividade jurisdicional* e o *ato negocial*. (itálicos originais)

E mais, considerando o direito como realizado por intermédio de um conjunto sistemático de regras que determinam ações ou abstenções, sob pena de serem imputadas ao transgressor certas consequências ou sanções penais, o mesmo autor aduz à necessidade de um poder que confira vigência e eficácia às normas decorrentes de uma *fonte de direito*. Para ele, é poder que define a espécie de fonte:

Para que se possa falar, por conseguinte, de “fonte de direito”, isto é, de fonte de regras obrigatórias, dotadas de *vigência* e de *eficácia*, é preciso que haja um *poder* capaz de especificar o conteúdo do devido, para exigir o seu cumprimento, não sendo indispensável que ele mesmo aplique a sanção penal. É por isso que se diz que o problema das fontes do direito se confunde com o das formas de *produção de regras de direito vigentes e eficazes*, podendo ser elas genéricas ou não.

Por ora, podemos fixar esta noção essencial: toda fonte de direito implica uma *estrutura normativa de poder*, pois a gênese de qualquer regra de direito (nomogênese jurídica) - tal como pensamos ter demonstrado em nossos estudos de Filosofia do Direito - só ocorre em virtude da interferência de um *centro de poder*, o qual, diante de um complexo de *fatos e valores*, opta por dada *solução normativa* com características de objetividade.

À luz desse conceito, quatro são as fontes de direito, porque quatro são as formas de *poder*: o *processo legislativo*, expressão do Poder Legislativo; a *jurisdição*, que corresponde ao Poder Judiciário; os *usos e costumes jurídicos*, que exprimem o *poder social*, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a fonte

negocial, expressão do *poder negocial* ou da *autonomia da vontade*. (REALE, 2001, p. 130).

Assim, a lei é tida como a *fonte de direito* obtida por meio do *Poder Legislativo*, sendo tal poder o qual lhe confere vigência e eficácia, diferentemente do que ocorre com o costume, advindo das práticas sociais, e com a jurisprudência, das práticas forenses. Vale salientar que é no mesmo momento quando se destaca a ideia da tripartição de poderes como meio de refreio e equilíbrio das forças do Estado que a lei é elevada ao patamar mais alto das expressões jurídicas, ao pedestal da legalidade.

É o que bem descreve Reale (2001, p. 143):

Era, como facilmente se percebe, um clima espiritual propício à compreensão da lei como fonte por excelência do Direito. Verifica-se então, de certa forma, um desprezo pelo imediato e concreto, importando numa reação contra o Direito costumeiro, que era eminentemente particularista e local, apegado ao *fatual* e envolvido nas malhas de inveterados privilégios.

Surgem, assim, as grandes teorias, sustentando a possibilidade de atingir-se o Direito através de um trabalho racional, meramente abstrato. Desprezam-se, por via de conseqüências, os usos e costumes jurídicos, como um Direito secundário, compreendendo-se a lei como expressão racional da vontade coletiva.

Essa tendência geral do século XVIII reflete-se especialmente na obra de Rousseau - *Du Contrat Social*, na qual o grande genebrino sustentou que o Direito autêntico é aquele que se consubstancia na lei como expressão da vontade geral. Para Rousseau, o Direito é a lei, porque a lei é a única expressão legítima da vontade geral. Nenhum costume pode prevalecer contra a lei ou a despeito dela, porque só ela encarna os imperativos da razão.

No mesmo sentido, discorre Tércio Ferraz Júnior (2003, p. 67):

O antigo regime caracterizara-se pelo enfraquecimento da Justiça, cuja dependência política projetava-se no arbítrio das decisões. A crítica dos pensadores iluministas e a necessidade de segurança da sociedade burguesa passou, então, a exigir a valorização dos preceitos legais no julgamento dos fatos. Daí se originou um respeito quase mítico pela lei, base, então, para o desenvolvimento da poderosa Escola da Exegese, de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico. A redução do jurídico ao legal foi crescendo durante o século XIX, até culminar no chamado legalismo.

E quando advém o famigerado *princípio da legalidade*, ainda a ser muito explorado nesta pesquisa, nas secções e capítulos a seguir. Assim, aduz Paulo Bonavides (2010, p. 142-143):

O princípio de legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranqüilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

A legalidade, compreendida pois como a certeza que têm os governados de que a lei os protege ou de que nenhum mal portanto lhes poderá advir do comportamento dos governantes, será então sob esse aspecto, como queria Montesquieu, sinônimo de liberdade.

O parlamento avultava-se como expressão máxima da representatividade democrática, sendo o *processo legislativo* considerado como expediente da racionalidade humana, e as leis como decisões racionais, perfeitas. Aos titulares do Poder Executivo, cabia apenas dar cumprimento às ordens legais advindas da atividade dos representantes do povo. O Poder Judiciário era mero aplicador das leis no caso concreto: *le bouch de le lois*. É nessa época e nesse clima histórico que aparecem os primeiros códigos modernos, em várias experiências e tentativas, como o Código Prussiano, culminando na expressão máxima do pretenso racionalismo legal – o Código Civil de Napoleão.

A edição do Código Napoleônico importou no primado da lei sobre toda e qualquer outra fonte jurídica por força da influência das ideias iluministas, que acreditavam e defendia a racionalidade do processo legislativo, o que se fez perceber na Prússia, mas mais fortemente na França, berço do Iluminismo:

Também na França (e, na verdade, com maior razão, visto ser este país a pátria maior do iluminismo) a idéia da codificação é fruto da cultura racionalista, e se aí pôde se tornar realidade, é precisamente porque as idéias iluministas se encarnaram em forças histórico-políticas, dando lugar à Revolução Francesa. É, de fato, propriamente durante o desenrolar da Revolução Francesa (entre 1790 e 1800) que a idéia de codificar o direito adquire consistência política.

Esse projeto nasce da convicção de que possa existir um *legislador universal* (isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares) e da exigência de realizar um *direito simples e unitário*. A *simplicidade* e a *unidade* do direito é o *Leitmotiv*, a idéia de fundo, que guia os juristas que nesse período se batem pela codificação (BOBBIO, 1995, p. 64-65).

Do exposto até aqui, a prática mostra que os argumentos historicamente adotados pelas teorias políticas e pelo próprio direito para a supremacia da lei, do *direito posto pelo Estado*, como principal fonte de expressão jurídica foram mitigados pelo tempo. Releva destacar, a princípio, que nenhuma instituição humana seria dotada da racionalidade e isenção como o parlamento sonhado pelos iluministas. Em segundo lugar, a pretensão de que a lei domine por completo a universalidade das relações sociais, controlando-as sob a forma de relações jurídicas – “legisla de tal forma que essa lei seja obedecida sempre, por todos e em todo lugar”, parafraseando Kant – não corresponde à dinâmica do próprio direito, enquanto experiência humana a qual, ao invés de simples e unitária, é complexa e múltipla.

Desta sorte, cumpre verificar quão exorbitantes são hoje as dimensões conferidas não só à lei em sentido estrito, como também ao Poder Legislativo e à atividade legislativa.

2.3 Legalidade e legitimidade

O debate que coroa o presente capítulo encima-se no eterno confronto entre a legalidade e a legitimidade, entendidas como dois princípios distintos, um primeiro mais ligado aos fundamentos jurídicos, como elemento essencial do Estado de Direito, com a outra importando num argumento político. Paulo Bonavides (2010, p. 187) destaca que tais princípios ora são tomados como relevantes para a concepção de Estado, ora são desconsiderados:

Autores há que fazem da legalidade e legitimidade condições essenciais do poder do Estado tanto quanto da capacidade constitucional e da indivisibilidade desse mesmo poder.

Outros porém trilhando via oposta, entendem que a noção de legalidade e legitimidade não pertence à caracterização do poder, nem constitui sequer traço do poder estatal.

Isto posto, necessário é confrontar tais princípios, como elementos que se se devem opor, de fato, mas que são quase sempre, e intencionalmente, confundidos na prática política. Antes disso, cumpre verificar o principal critério para a determinação da legitimidade de uma instituição, qual seja a representação política, efetiva ou não. E não há falar sobre tal assunto sem que a perquirição se debruce, primeiramente, sobre os caminhos que percorreu a democracia, regime político em que a representatividade atingiu maior distinção.

2.3.1 As origens da democracia

A democracia tem suas origens na Grécia antiga, como é amplamente sabido, em razão das condições políticas e filosóficas garantidas pela estabilidade social do escravismo, válvula motora do chamado “milagre grego”. Ideia já ultrapassada na historiografia, segundo o “milagre” se teriam as sociedades helênicas desenvolvido nas artes, filosofia e ciências por predisposição, quando, na verdade, fundara-se num aparato escravocrata.

Acerca das origens clássicas da democracia, Simone Goyard-Fabre discorre:

[...] o momento fundador da democracia consiste no movimento conflituoso que a opunha, muito naturalmente, à oligarquia. Ademais, a democracia de que Atenas forneceu a primeira forma ao Ocidente não significava que todos” governam, mas que “todos os cidadãos” participam do governo. A amplitude da democracia era portanto imitada, pois o povo (*demos*) saudado como soberano não se confundia com toda a população (*plèthos*) da Cidade-Estado: só eram levados em consideração os “cidadãos”, o que excluía não só os escravos, que excediam em número os homens livres, mas também as mulheres, consideradas inferiores, e os metecos, que eram estrangeiros domiciliados em Atenas (GOYARD-FABRE 2003, p. 19-20).

O modo de produção escravista de então, permitia ao homem grego dedicar-se à política, assim vindo a desenvolver o ideal de democracia como o governo em que tal condição de privilégio seria coordenada e mantida pelos que eram considerados cidadãos gregos:

A Democracia ateniense era uma *Democracia escravista: o trabalho escravo era a base da vida econômica* da sociedade, e os *trabalhadores escravos*, que constituíam, senão a maioria, pelo menos uma parcela considerável da população da Ática, *não possuíam quaisquer direitos civis ou político* (AQUINO; FRANCO; LOPES; 2003, p. 282).

Sobre tal eiva da democracia da cidade clássica, também adverte Paulo Bonavides (2010, p. 288):

A escura mancha que a crítica moderna viu na democracia dos antigos veio porém da presença da escravidão. A democracia, como direito de participação no ato criador da vontade política, era privilégio de ínfima minoria social de homens livres apoiados sobre esmagadora maioria de homens escravos.

Apesar da reconhecida injustiça social característica do modo de produção então vigente, releva notar que a vida política diuturna do cidadão grego permitira-lhe, justamente, reconhecer a relevância da participação da coletividade na tomada de decisões. Surgia a democracia grega, em que o indivíduo tinha vez e voz, aliás, onde havia a garantia de que todos no Ágora, praça principal em que se reuniam os gregos, tivessem o mesmo direito de falar, de opinar.

Nisso consistia a *isagoria*, que tratava “do direito de palavra, da igualdade reconhecida a todos de falar nas assembléias populares, de debater publicamente os negócios do governo” (BONAVIDES, 2010, p. 291). Fundada nesta perspectiva, a democracia ateniense representou ponto inovador nos arranjos políticos que se desenvolviam no ocidente e no oriente próximo, onde às mais das vezes se levantavam e mantinham monarquias teocráticas – como a sociedade egípcia, por exemplo.

Com o declínio das sociedades clássicas, perpassadas as tiranias, os momentos sob o jugo de outros impérios, como o macedônio, seguida da descentralização política no feudalismo e do oposto no absolutismo, a democracia idealizada na Grécia tomou novos contornos com as revoluções burguesas. É nesse contexto que os conceitos de nação, povo e soberania popular tomam o lugar do indivíduo como fração da soberania, como já mencionado anteriormente, e atribuem o epíteto da representatividade à democracia.

Antes mesmo disso, a ideia de representação já era atribuída aos governantes, então atribuída a argumentos teocráticos, à origem divina ou nobiliárquica do soberano, como bem discorre Sahid Maluf (2008, p. 235):

Os que primeiro articularam o princípio da soberania do povo cogitaram, ao mesmo tempo, da representação, embora estivessem muito longe da concepção que emoldura este instituto no direito público atual. [...] Primitivamente, foram os sacerdotes magnos, os patriarcas, os sábios, os anciãos e os chefes de família que, isoladamente ou reunidos em *Conselhos*, deliberavam e atuavam com força de obrigação sobre as comunidades que lhes eram subordinadas.

É seu liame contemporâneo com a democracia, fundando a chamada *democracia representativa*, que confere à representação os contornos políticos e jurídicos os quais apresenta atualmente, possuindo antes disso, interpretações das mais diversas, que se refletiam na praxe política:

“Representar” significa tanto, em sentido técnico jurídico, “agir em nome e por conta de um outro”, quanto, na linguagem comum e na linguagem filosófica, “reproduzir” ou “espelhar” ou “refletir”, simbolicamente, metaforicamente, ou de inúmeros outros modos, uma realidade objetiva, independentemente do fato de que essa realidade só possa ser “representada”, ou possa também dar-se em si (BOBBIO, 2000, p. 457).

Ademais, vale dizer, a ideia de nação, consolidada na idade contemporânea, também contribuía para ideia de representação, visto que seria ela, enquanto ser coletivo, quem concederia legitimidade aos governantes do Estado, e não cada indivíduo, voluntariamente. É o que diz Paulo Bonavides (2010, p. 278):

A nação, titular do poder soberano, o exerce por meio de órgãos representativos. A primeira Constituição revolucionária reza expressamente que são representantes o corpo legislativo e o rei. Ambos mandatários da nação soberana. O mandato representativo tem aí sua origem jurídica na Constituição que designou expressamente o rei e o legislador como órgãos através dos quais se exerce a soberania nacional.

Havia um argumento pragmático de que seria impossível o exercício direto da democracia por conta das dimensões dos Estados modernos que se haviam fundado – de fato, bem maiores que a *pólis* grega – pretexto ainda muito alegado hodiernamente. É o que se depreende da lição de Paulo Bonavides (2010, p. 288-290):

Não seria possível ao Estado moderno adotar técnica de conhecimento e captação da vontade dos cidadãos semelhante àquela que se consagrava no Estado-cidade da Grécia. Até mesmo a imaginação se perturba em supor o tumulto que seria congregar em praça pública toda a massa do eleitorado, todo o corpo de cidadãos, para fazer as leis, para administrar. Demais, o homem da democracia direta, que foi a democracia grega, era integralmente político. O homem do Estado moderno é homem apenas acessoriamente político, ainda nas democracias mais aprimoradas,

onde todo um sistema de garantias jurídicas e sociais fazem efetiva e válida a sua condição de “sujeito” e não apenas “objeto” da organização política.

E continua o mesmo autor, aduzindo à *presunção de legitimidade* conferida a tal sistema:

Na democracia representativa tudo se passa como se o povo realmente governasse; há, portanto, a presunção ou ficção de que a vontade representativa é a mesma vontade popular, ou seja, aquilo que as representantes querem vem a ser legitimamente aquilo que o povo haveria de querer, se pudesse governar pessoalmente, materialmente, com as próprias mãos (BONAVIDES, 2010, p. 295).

Assim continuaram os Estados, nos séculos que se seguiram às revoluções burguesas, vivendo de altos e de muitos baixos, em que se elevaram regimes ditatoriais, no entanto sempre a cair no descrédito popular a democracia indireta. Nesse contexto, desponta a democracia semidireta como correição às pechas da democracia meramente representativa. Tal espécie “mista” de democracia, no dizer Pietro Jesus de Lora Alarcón (2000, p. 154), “abre outra perspectiva, uma ótica favorável à democracia menos nas alturas, mais aterrissada e susceptível de recolher o espírito do povo.”

Com efeito, o parágrafo único do art.1º da CF/1988 de logo aduz que “todo o poder emana do povo, *que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*, nos termos desta Constituição” (*destaquei*), encerrando tal dispositivo também um princípio fundamental da República brasileira.

Nesse arranjo político, conforme orienta Maria Benevides (2002, p. 47), possui o povo “direito de decidir questões e problemas, para cuja solução ele se sente mais preparado e legitimado do que os representantes”. É nesse contexto que se resgatam expedientes históricos como o *plebiscito* e o *referendo*. Por meio deste último, “o povo adquire o poder de sancionar as leis” (BONAVIDES, 2010, p. 303), quer sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, cabendo aos cidadão ratificarem ou não seu conteúdo, com requisito de validade e vigência de tais diplomas.

Já o plebiscito, inobstante assemelhar-se ao referendo, destaca-se por estar “circunscrito sempre a leis – seria um ato extraordinário e excepcional, tanto na ordem interna como externa” (BONAVIDES, 2010, p. 310), tratando estrutura organizacional do Estado, a qual se pretende alterar ou conservar¹². Há também falar na chamada *iniciativa popular*, a

¹² Exemplo corriqueiro das lições de história constitucional brasileira é o plebiscito que houve sobre a forma e o sistema de governo de 1993, nos termos do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O legislador constituinte usou já de tal norma de direito constitucional intertemporal para atribuir ao povo a prerrogativa de tal escolha: “Art. 2º - No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País”.

qual se diferencia do plebiscito e do referendo, os quais se adstringem sempre a uma escolha, levando consequências políticas “sob a forma de exclusão, de escolha forçada entre duas alternativas” (BOBBIO, 2000, p. 22), por possuir uma escopo temático bem mais vasto, a ser adotado pelo próprio povo.

Esses três instrumentos clássicos da democracia semidireta são claramente adotados pelo Estado brasileiro, nos termos da Constituição de 1988, conforme dispõe seu art. 14:

CAPÍTULO IV

DOS DIREITOS POLÍTICOS

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- I - plebiscito;
- II - referendo;
- III - iniciativa popular.

Sem maior esforço, há de se perceber, conforme denota a própria sistemática constitucional, que os contornos semidiretos da democracia brasileira, sua “metade direta”, integram os chamados *direitos políticos*. Entendidos como *direitos fundamentais de primeira geração* – ou *dimensão*, conforme se abordará com mais detalhes no capítulo terceiro –, os direitos políticos foram por muito tempo considerados – e defendidos – apenas como direitos individuais: uma concessão que o Estado conferiria a cada um.

Ocorre que, na atualidade, tal perspectiva, que restringe o *poder político* ao cidadão enquanto unidade é insuficiente para a solução dos achaques da democracia brasileira, por ignorar seu aspecto coletivo, demasiado relevante. Por outro lado, como outro malefício percebido da prática política, os direitos políticos são, sim, abordados coletivamente, mas quando a coletividade que os detém é paciente, e não agente, do processo político: é tudo feito para o povo e em nome do povo, mas nunca com o povo ou pelo povo...

Ora, o já transcrito art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, atribui ao *povo* a origem de todo o poder. Mas que povo seria esse? Fábio Konder Comparato (*In* MÜLLER, 2003, p. 14) ressalta que “a noção de povo, como se sabe, já era conhecida e utilizada na antiguidade clássica em matéria de teoria política e de direito público. Mas não tinha a importância decisiva que adquiriu na era moderna, com o ressurgimento da ideia democrática”.

Como bem destaca o mesmo autor, ocorreu que tal ideia de *povo* passou a ocupar um lugar de maior relevância para a política, tornando-se o maior argumento de toda e qualquer atividade política, legítima ou não¹³:

Desde que Deus se retirou da vida política (e se despediu da história), seu cargo na estrutura funcional não foi declarado vago. Assim como outrora ELE, o povo foi desde então usado da boca para fora e conduzido aos campos de batalha por todos os interessados no poder ou no poder-violência. A diferença reside no fato de que o povo poderia ter sido perfeitamente consultado (*In* MÜLLER, 2004, p. 21-22).

Nessa mesma linha, entende José Jairo Gomes (2011, p. 5):

Em linguagem técnico-constitucional, povo constitui um conceito operativo, designando o conjunto de indivíduos a que se reconhece o direito de participar na formação da vontade estatal, elegendo ou sendo eleitos, ou seja, votando ou sendo votados com vistas a ocupar cargo político-eletivos. Povo, nesse sentido, é a entidade mítica à qual as decisões coletivas são imputadas. Note-se, porém, que as decisões coletivas não são tomadas por todo o povo, senão pela maioria, ou seja, pela fração cuja vontade prevalece nas eleições.

É ao povo, organizado enquanto movimento, associação civil, sociedade civil organizada, que se pretende devolver a titularidade do poder *na prática*, não apenas no verbo constitucional. Os poderes políticos tradicionais estão recorrentemente apartados dos interesses do povo, não agindo em detrimento do povo, contra o povo... A coletividade lhe é apenas colégio eleitoral, coleta de votos, nada mais.

Nesse sentido, as secções que continuam a seguir vão tratar de tal cenário, de contraposição entre o Estado e a sociedade, conferindo o necessário destaque aos principais elementos que compõem o interminável debate entre a *legalidade* na qual se encimam os governantes e *legitimidade* que não mais possuem estes ante seus governados.

2.3.2 A crise de legitimidade do sistema representativo

Conforme delineado na secção anterior, a democracia representativa correspondeu à evolução ou à adaptação do regime democrático clássico às exigências do Estado contemporâneo, na maneira a qual reivindicavam os teóricos iluministas. Ocorreu que, com a desvirtuação do modelo representativo, a legitimidade de todo o sistema caiu por terra, marcado pelo descrédito, pela desconfiança, pelo desdém. O fato é que nem mesmo a

¹³ Na Constituição norte-americana, consta “*from the people of the United States*”; “*La liberté guidant le peuple*” título do quadro emblemático de Eugene Delacroix representando a Revolução Francesa; a CF de 1988, além do mencionado art. 1º, § único, apresenta em seu preâmbulo a expressão “representantes do povo brasileiro”, ressurgindo o termo com este mesmo sentido outras sete vezes no texto constitucional...

ineficiência prática da gestão da coisa pública – ou seja, o resultado político – é tal rechaçada quanto os que a praticam.

Tal descrédito ocorre, sobremaneira, em virtude do afastamento deliberado por parte dos representantes de seus representados. Nesse sentido, José Afonso da Silva (2006, p. 139) considera que no mandato representativo “há muito de ficção”, considerando inexistir uma representação, de fato, importando que “a designação de um mandatário não passa de uma simples técnica de formação dos órgãos governamentais”.

Nessa mesma linha, Pietro Jesus de Lora Alarcón aponta o descrédito da população em nosso regime representativo democrático como causa da deslegitimação do próprio Estado:

Nestes pontos nevrálgicos, surgem as falências do entrelaçamento da democracia representativa com a legitimidade. O formal cumprimento dos ritos eleitorais para sacramentar o acesso aos cargos de representação política, o acentuado peso do *marketing* político e as estatísticas degenerativas da opinião popular, o rol dos meios de comunicação, convertidos em outro fator real de poder, impedem que a receita da participação indireta tenha possibilidades de sucesso e fez com que a democracia, como conjunto de condições para que o sujeito participasse diretamente das decisões do Estado, começasse a ficar caricaturada, enquanto avançava a abstenção política de uma sociedade que não dá crédito nem ao Estado, nem aos governantes, nem ao seu acionar (ALARCÓN, 2000, p 158).

No mesmo sentido, Lênio Luiz Streck e José Bolzan de Moraes apontam para a relevância que a legitimidade possui para a valoração do próprio Estado de Direito:

A questão da legitimidade é uma qualificadora no Estado de Direito que não pode prescindir na Democracia contemporânea. Frequentemente as democracias utilizam o artifício das eleições em dois turnos, isto porque, se as eleições diretas não geram diretamente uma maioria, essa maioria tem de ser criada para sustentar o mito da delegação legítima. (STRECK; MORAIS, 2003, p. 112.)

Ora, o Estado de Direito é *democrático*, não apenas *de Direito*¹⁴, no que assevera Harbemas (1984, p. 58): “*el Estado democrático de derecho, al no fundamentar su legitimidad sobre la pura legalidad, no puede exigir de sus ciudadanos una obediencia jurídica incondicional, sino una cualificada*”.¹⁵

Debruçando-se sobre a realidade política brasileira, é recorrente nas Ciências Sociais se atribuírem as razões das vicissitudes da democracia aqui instalada, segundo os ditames da CF/1988, à penumbra autoritária que correspondeu ao período do Regime Militar.

¹⁴ Na doutrina, verifica-se, por conta de tais elucubrações, quem defenda ser mais acertada a expressão “Estado de Direito democrático” do que a tradicional – e constitucional – expressão “Estado democrático de Direito”, haja vista que não necessariamente um Estado pautado no direito – na lei, mais precisamente – configura-se como um regime democrático. Pelo contrário, tantas vezes foi o direito utilizado como instrumento de opressão, que se perfazia, apregoadamente, “na forma da lei”, “no estrito cumprimento do dever legal”.

¹⁵ Tradução livre: “o Estado democrático de direito, ao não basear a sua legitimidade na legalidade pura, não pode exigir de seus cidadãos uma obediência legal incondicional, mas, sim, uma [obediência] qualificada”.

Com efeito, a história mesmo mostra que, após vivenciar um curto período na condição de reino unido a Portugal e Algarves, em 1815, declara um independência endividada em 1822, seguida de seis décadas de monarquia à Benjamin Constant, e uma República oligárquica desde o início, passando já por uma ditadura – o Estado Novo de Vargas – a democracia brasileira, de fato, de fado, de fardo tropical, experimentou a mais duradoura penumbra de sua existência.

Nesse contexto, por mais progressista e plural que fora a ideia inicial da Constituição de 1988, bem como das emendas que se lhe seguiram, a incipiência da democracia brasileira impede sua real concreção no país, havendo ainda um longo caminho a ser percorrido. É o que entendem Lênio Streck e José Bolzan (2003, p. 112):

[...] a transição de regimes autoritários para governos eleitos democraticamente *não encerra a tarefa de construção democrática*. É necessária uma segunda transição até o estabelecimento de um *regime* democrático. A escassez de instituições democráticas e o estilo de governo dos presidentes eleitos caracterizam uma situação em que, mesmo não havendo ameaças iminentes de regresso ao autoritarismo, é difícil avançar para a consolidação institucional da democracia.

Assim, da própria *inexperiência* do brasileiro com regimes democráticos decorre a infinidade de problemas materiais do sistema representativo atualmente em vigor, sem falar das lacunas que a própria legislação eleitoral comporta, a qual não reconhece há vias diretas de controle social da representatividade, apesar dos esforços moralizantes de legislações como o disposto na Lei das Inelegibilidades, especialmente após as alterações trazidas pela Lei Complementar nº 135/2010, a famigerada “Lei da Ficha Limpa”.

Ora, o Estado brasileiro, adota o *princípio do mandato irrevogável*, que bloqueia a contra-actuação política do eleitorado, cenário diverso do que se percebe no estrangeiro, onde é possível a revogação de um mandato pela força de um percentual relevante de votos. Por exemplo, há o *recall* político nos EUA e o *Abberufungsrecht* na Suíça. Sobre estes dois institutos do direito estrangeiro, Paulo Bonavides (2010, p. 281) tece sua explicação:

Com o *recall* revogar-se-ia o mandato do representante, antes de expirar o prazo legal de seus poderes, desde que determinada parcela de eleitores tomasse iniciativa a esse respeito, daí resultando eventualmente a cessação ou a renovação do mandato que se questionou.

Com o *Abberufungsrecht*, que a natureza do mandato representativo igualmente repele, chegar-se-ia ao mesmo resultado, ocorrendo desta feita não a revogação individual, mas a revogação coletiva. Extinto ou renovado ficaria o mandato de uma assembleia e não somente de um representante mediante a aplicação desse instituto do regime representativo semidireto.

Fábio Konder Comparato faz uma acertada crítica sobre o princípio da irrevogabilidade:

[...] incumbe ao povo soberano eleger por períodos bem delimitados os titulares das funções governamentais os membros do órgão legislativo, o chefe de Estado e o chefe do chamado Poder Executivo. Ora, quem pode escolher mandatários, deve também poder destituí-los. Uma das grandes fraquezas do sistema democrático moderno reside na impossibilidade, em que se encontra o povo soberano, de encerrar a relação de mandato político antes de seu termo final. Esse poder é atribuído tão-só ao chefe de Estado, no sistema parlamentar de governo, em relação aos membros do Parlamento. Não se vê bem porque o próprio povo é menos qualificado que o chefe de Estado para dissolver o Parlamento, quando, cada vez mais, mesmo em sistemas parlamentares de governo, o chefe de Estado é também eleito pelo povo. Pela própria lógica do sistema da soberania democrática, os chefes de Estado ou de governo e os parlamentares, sendo eleitos pelo povo soberano, devem igualmente poder ser destituídos por ele, a todo tempo. (2006b, p. 654-655)

Nesse contexto, a sociedade brasileira, ainda experimentando as primeiras incipientes décadas de sua democracia renascida – ou mesmo reanimada, ressuscitada –, reclama por uma maior inserção na política, na governação, na gestão da coisa pública, na administração. Apesar da insistente ojeriza do homem comum à política, é considerável a dimensão do reproche conferido pelos eleitores aos candidatos, o que se faz perceber não apenas em estatísticas de votações e abstinências, mas também no respaldo que campanhas moralizantes adquirem.

O *povo* quer participação política, diga-se assim, como um elemento ou instrumento necessário à efetivação de uma série de direitos dos quais se encontra a população esfaimada. Vale salientar, igualmente, que a própria democracia vem a configurar-se atualmente como um *direito fundamental*. Ora, diversos já foram os acordos e tratados internacionais aduziram a um direito de participação política:

Declaração Universal dos Direitos Humanos

Artigo XXI

1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos de seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Toda pessoa tem direito de acessos, em condições de igualdade, às funções públicas de seu país.
3. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos; e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Artigo XX - Toda pessoa, legalmente capacitada, tem o direito de tomar parte no governo de seu país, quer diretamente, que através de representantes, e de participar das eleições, que se processarão por voto secreto, de maneira genuína, periódica e livre.

Convenção Americana de Direitos Humanos

Art.23. Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
 - a) De participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

- b) De votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e
- c) De ter acesso, em condições de igualdade, às funções públicas de seu país.

Tal *direito de participação* vem-se opondo à ilegitimidade das instituições, ao próprio regime democrático representativo, no que alerta Paulo Bonavides (2001, p. 18):

A queda de legitimidade dos órgãos legislativos e executivos se faz patente, profunda, irreparável nos moldes vigentes. Urge introduzir pois o mais cedo possível a nova legitimidade, cuja base recomposta e, novamente, a cidadania, mas a cidadania redimida, sem os percalços que lhe inibem a ação soberana, sem a perversão representativa, sem o falseamento de vontade, sem as imperfeições conducentes as infidelidades do mandato e aos abusos da representação.

Assim, o nível de legitimidade de regime político que se julga democrático, deve relacionar-se diretamente com as vias de participação popular, em que a sociedade civil, o povo organizado, os movimentos sociais, são capazes de influenciar as decisões governamentais. No dizer de Enrique Dussel, à semelhança do rei que reinava se governar, os representantes devem “*mandar obedecendo*” (DUSSEL, 2006, p. 36).

Destaca ainda o autor:

El poder obediencial sería así el ejercicio delegado del poder de toda autoridad que cumple con la pretensión política de justicia, de otra manera, del política recto que puede aspirar al ejercicio del poder por tener la posición subjetiva necesaria para luchar en favor de la felicidad empíricamente posible de una comunidad política, de un pueblo (DUSSEL, 2006, p. 37).¹⁶

Por todo o exposto, em face considerável desprestígio da democracia representativa, “uma democracia representativa de fachada e já carcomida”, vem o exercício da cidadania exigindo um novo caminho rumo a uma participação efetiva da sociedade, caminhando “para uma nova e incipiente democracia de participação [...] dirigida a uma legitimidade mais sólida das instituições” (ALARCÓN, 2000, p. 254). Mais sobre tal “*caminho*” é abordado na secção atinente ao princípio democrático, aqui considerado como princípio fundamental correlato à atividade tributária.

2.3.3 A lei como meio insuficiente de legitimação

Conforme apresentado há algumas páginas, o legalismo que se desenvolveu no afã iluminista pela codificação do direito, como exercício da racionalidade humana,

¹⁶ Tradução livre: “O poder seria bem obediente o exercício do poder delegado toda a autoridade para cumprir com a política de justiça alegação de outra forma, a política de reto pode aspirar ao exercício do poder por ter a posição subjetiva necessária para lutar pelo empiricamente possível felicidade de uma comunidade política, um povo”.

caminhara no sentido da construção de uma ideia mais forte, e, portanto, mais contrariante, qual a do positivismo jurídico. Com efeito, é sabido que as concepções *monistas* ou o *estatismo jurídico* admitem apenas o *direito legislado*, o *direito positivo estatal*. Como bem discorre Miguel Reale (1984, p. 243), tais concepções aduzem que “só o sistema legal pelos órgãos estatais deve ser considerado Direito Positivo, não existindo positividade fora do Estado e sem o Estado”.

No contexto atual, em que o Estado, pretense único detentor do direito, perde a sua legitimidade ante o povo diuturnamente, a lei, fonte precípua do direito para essa perspectiva, posto que encimada no próprio poder estatal, qual o exercício do Poder Legislativo, vai perdendo também seu respaldo, sendo meio insuficiente ou mesmo inútil para legitimar uma conduta política. Assim, ocorre tanto no âmbito político quanto no jurídico um recorrente embate entre os já mencionados princípios da *legalidade* e da *legitimidade*.

Para Paulo Bonavides (2010, p. 140) o *princípio da legalidade* “exprime basicamente a observância das leis, isto é, o procedimento da autoridade em consonância estrita com o direito estabelecido”, traduzindo “a noção de que todo poder estatal deverá atuar sempre de conformidade com as regras jurídicas vigentes”.

Já em se tratando da *legitimidade*, entende o mesmo autor que possui ela “exigências mais delicadas, visto que levanta o problema de fundo, questionando acerca da justificação e dos valores do poder legal”, correspondendo a uma “legalidade acrescida de sua valoração” (BONAVIDES, 2010, p. 142).

E continua:

É o critério que se busca menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar.

No conceito de legitimidade entram as crenças de determinada época, que presidem à manifestação do consentimento e da obediência.

A legalidade de um regime democrático, por exemplo, é o seu enquadramento nos moldes de uma constituição observada e praticada; sua legitimidade será sempre o poder contido naquela constituição, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática (BONAVIDES, 2010, p. 142)

É interessante destacar, igualmente, a postura antitética entre os dois princípios no contexto do positivismo, em que se contrapunha diametralmente a racionalidade legal à necessidade de legitimação política. No dizer de Bobbio (2007, p. 91-92):

Com o advento do positivismo jurídico, o problema da legitimidade foi completamente subvertido. Enquanto segundo todas as teorias precedentes o poder deve estar sustentado por uma justificação ética para poder durar, e portanto a legitimidade é necessária para a efetividade, com as teorias positivistas abre

caminho a tese de que apenas o poder efetivo é legítimo: efetivo no sentido do princípio da efetividade do direito internacional, segundo a qual, para falar com Kelsen, que dela foi um dos mais notáveis defensores, “uma autoridade de fato constituída é o governo legítimo, o ordenamento coercitivo imposto por esse governo é um ordenamento jurídico, e a comunidade constituída por tal ordenamento é um estado no sentido do direito internacional, na medida em que este ordenamento é em seu conjunto eficaz” [1945, trad. it. p. 123].

E complementa:

Deste ponto de vista, a legitimidade é um puro e simples estado de fato. O que não elimina que um ordenamento jurídico legítimo na medida em que eficaz e como tal reconhecido pelo ordenamento internacional possa ser submetido a juízos axiológicos de legitimidade, capazes de levar a uma gradual, mais ou menos rápida, inobservância das normas do ordenamento, e portanto a um processo de deslegitimação do sistema. Resta porém que com base no princípio da efetividade um ordenamento continua a ser legítimo até que a ineficácia avance ao ponto de tornar provável ou previsível a eficácia de um ordenamento alternativo.

No âmbito do positivismo jurídico, isto é, de uma concepção que considera como direito apenas o direito posto pelas autoridades delegadas para este fim pelo próprio ordenamento e tornado eficaz por outras autoridades previstas pelo próprio ordenamento, o tema da legitimidade tomou uma outra direção, não mais aquela dos critérios axiológicos mas a das razões da eficácia da qual deriva a legitimidade (BOBBIO, 2007, p. 92).

À mesma maneira, discorre Paulo Bonavides no sentido de que a *despolitização da legitimidade*, defendida e realizada pelo positivismo, foi ferramenta do Estado neoliberal para assenhorear-se, “por via oblíqua”, como diz, dos direitos sociais e da teleologia do poder:

Com efeito, a legitimidade tem-se apresentado, de último, nas reflexões jurídicas sobre a matéria, despolitizada, neutralizada e subsumida, por uma suposta evidência de sua identidade conceitual e axiológica com a legalidade, enquanto expressão formal e acabada do triunfo das ideologias liberais.

Efetivamente, os juristas do positivismo alargando as expansões dogmáticas de seu devaneio jus científico cuidavam que na Constituição só havia juridicidade para as normas e não para os princípios, como se os princípios não fossem normas - aliás, as normas das normas, as mais excelsas do sistema.

Foi isso que ocasionou a reação oposta e o ressurgimento, com toda a força e energia, do princípio da legitimidade.

Aqueles arautos da razão, velhos conhecidos nossos, aferrando-se unicamente a legalidade, intentavam desterrar do sistema os princípios ou, pelo menos, ignorá-los, tolerando-lhe, apenas, a inserção nos códigos do juscivilismo, qual a mais subsidiária das fontes hermenêuticas, aquelas de baixíssima densidade normativa (BONAVIDES, 2001, p. 17-18).

Ora, deve, então, ser rebatida a ideia de lei como expressão máxima da razão da humana e criação meramente lógica, isenta de qualquer especulação fora do direito, puramente destinada a limitar os poderes dos governantes. Necessitava o direito de ser observado sob uma necessária perspectiva social, à qual se manteve alheia a atividade legislativa no império do positivismo.

Nesse sentido, discorre Evgeni Pachukanis:

O direito, enquanto fenômeno social objetivo, não pode esgotar-se na norma ou na regra, seja ela da escrita ou não. A norma como tal, isto é, o seu conteúdo lógico, ou é deduzida diretamente nas relações já existentes ou, então, representa quando é promulgada como lei estadual apenas um sintoma que permite prever com certa probabilidade o futuro nascimento das relações correspondentes. Para afirmar a existência objetiva do direito não é suficiente conhecer apenas o seu conteúdo normativo, mas é necessário igualmente saber se este conteúdo normativo é realizado na vida, ou seja, através das relações sociais (1988, p. 48).

Como não poderia deixar de ocorrer, Hans Kelsen rebateu diretamente tal ideia de Pachukanis, aduzindo sempre à sua *teoria pura do direito*:

He refers to the fact that even the normative theory must admit that a system of norms is considered as valid only if it is by and large effective. But this does not justify – as the pure theory of law has shown – identifying the validity of the norm with its effectiveness, the legal norms with the human relationships effectively regulated by these norms, the law with human behavior which is in conformity with the law. But it is just this erroneous identification which is at the basis of Pashukanis' theory, according to which 'the cornerstone' of the law is not the 'norms as such', but 'the objective regulating forces operative in society' (KELSEN, 1955, p. 90).¹⁷

A despeito da defesa perpetrada por Kelsen e seus seguidores, o legalismo positivista passa receber as mais duras críticas a partir do momento em que serviu de justificativa (“legitimação”) para os absurdos dos regimes totalitários do Ocidente no século XX. Nesse sentido, discorre Paulo Bonavides (2010, p. 145):

Durante o nacional-socialismo a crise chega ao máximo grau de intensidade. Aqui temos concretizado o exemplo histórico supremo de uma corrente de opinião, de uma ideologia, de um partido político, cujos chefes, sem quebra da legalidade, tomaram o poder à sombra do regime estabelecido e dele se serviram do modo que se nos afigura mais ominoso em toda a história do gênero humano, e cuja legitimidade, vista ou apreciada pelos critérios do racionalismo imperante na doutrina jurídica dos movimentos liberais e positivistas do século XIX, pareceria irrepreensível. O mesmo se passou na Tchecoslováquia com a tomada do poder por uma revolução aparentemente pacífica, de teor parlamentar, que instaurou ali a nova legalidade proletária.

Nesse contexto, Poulantzas chega a classificar a lei como instrumento de opressão, aparato e aparelho do Estado, que a utiliza para cercear toda forma de contraposição social:

A lei é parte integrante da ordem repressiva e da organização da violência exercida por todo Estado. O Estado edita a regra, pronuncia a lei, e por aí instaura um primeiro campo de injunções, de interditos, de censura, assim criando o terreno para

¹⁷ Tradução livre: “Ele se refere ao fato de que mesmo a teoria normativa que admitir que um sistema de normas é considerada válida somente se for de um modo geral eficaz. Mas isso não justifica - como a teoria pura do direito tem mostrado - identificando a validade da norma com a sua eficácia, as normas legais com as relações humanas efetivamente regulados por essas normas, a lei com o comportamento humano que está em conformidade com a lei. Mas é justamente essa identificação errônea que está na base da teoria de Pachukanis, segundo a qual “a pedra angular” da lei não é observar as “normas como tal”, mas, sim, o objetivo de “regular as forças operativa na sociedade”.

a aplicação e o objeto da violência. E mais, a lei organiza as leis de funcionamento da repressão física, designa e gradua as modalidades, enquadra os dispositivos que a exercem. A lei é, neste sentido, o *código da violência pública organizada*. (POULANTZAS, 1980, p. 86).

A leitura de Poulantzas é incisiva, um tanto panfletária, porém reflete muito da realidade de repressão comum aos Estados autocráticos, mas que se apresenta, vez ou outra, no Estado brasileiro – especialmente quando a lidar com a pressão de manifestações e movimentos sociais –, na contra-marcha da caminhada democrática.

Por sua vez, Henry David Thoreau, que há de figurar nas páginas mais adiante na presente pesquisa, quando se versará sobre a *desobediência civil*, aduz que “a lei jamais tornou os homens mais justos, e, por meio de seu respeito por ela, mesmo os mais bem-intencionados transformam-se diariamente em agentes da injustiça” (THOREAU, 2006, p.11).

Vale destacar, ademais, que o processo legislativo apõe à burocracia que lhe é inerente, enquanto atividade pública, um argumento tecnocrático que tende sempre a excluir a participação popular, no sentido de que só os analistas, assessores e técnicos legislativos possuiriam *know-how*, expertise para a prática legiferante. Nesse sentido, descreve Paulo Bonavides quão destoante é tal prática da democracia:

Descamba a tecnocracia no monopólio da decisão política sonogada do povo e seus representantes. Na melhor das hipóteses esse monopólio concede ao povo tão-somente a possibilidade de uma participação plebiscitária, ilustrativa do novo cesarismo tecnológico, que politizou vertiginosamente, governada pelos “novos príncipes” do vocabulário político de Debré.

[...]

A tecnocracia pode ser o último grau na deterioração do próprio sistema de grupos e significar apenas o alojamento permanente do grupo mais forte no poder, onde seus interesses dominantes aparecem servidos por especialistas acobertados e legitimados pelo diploma político de tecnocratas, confirmando-se assim a mais ousada e refinada usurpação da vontade popular (BONAVIDES, 1973, p. 33-34).

No mesmo sentido, Norberto Bobbio expõe que:

Tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados para decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos (2000, p. 34).

Do exposto, a crise de legitimidade porque passa o sistema representativo vem retirando da lei seu halo de construção normativa racional e legítima, haja vista que os pretensos “representantes do povo” se encontram cada vez mais alheios à realidade desse povo, e ainda o exclui dos processos políticos sob um argumento tecnocrático. Por silogismo, em sendo ilegítimo o *poder* legitimador da lei, também não deve estar possuir respaldo ante a sociedade.

É contra tal norma, que, apesar de legal, é ilegítima, que há de se levantar a coletividade na reivindicação de seus direitos, quando exercício imediato do poder que lhe confere o regime democrático de participação. Com bem assevera Paulo Bonavides (2001, p. 19), “fora da repolitização da legitimidade, criadora de uma neocidadania governante, não há democracia participativa, nem lealdade política, nem soberania dos postulados constitucionais”. É então que se vislumbram os conceitos de resistência e desobediência tributária, como meio de oposição a uma tributação ilegítima.

2.3.4 Desconstruindo outro mito: a supremacia do “interesse público”

Antes de adentrar nos debates acerca do direito de resistência, suas espécies e aplicação à seara fiscal, faz-se necessário revistar outro argumento que geralmente é oposto aos interesses do cidadão ou da própria coletividade, qual seja o famigerado *princípio da supremacia do interesse público*, quando tantas vezes é levantado simplesmente para a satisfação dos interesses da governança, e não do povo.

Sob o contexto do estatismo jurídico, o Estado não só monopoliza a produção do direito como também é, na qualidade de criador, provedor e protetor dos direitos da população, um ente *detentor de direitos*. Para além do mero reconhecimento como pessoa jurídica ou moral – de direito público que seja –, o pretexto de defender os interesses da coletividade, da maioria, da *volonté générale*, o ente estatal se reveste de poderes muito maiores que os poderes do particular, de um minoria ou da própria sociedade.

É nesse momento que se avulta, como pedra-angular da atividade estatal, o famigerado *princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. Na definição clássica de Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 99-127) tal mandamento corresponderia a “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público”, em que se “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”.

Ocorre que, conforme percebido na praxe administrativa, em razão dos vícios que se repetem na democracia representativa, interesse coletivo encima tal princípio, e contrapõe-se ao particular, é intencionalmente confundido com o interesse estatal, assim quase sempre legitimando a atuação deste.

É tal o esclarecimento de Luís Roberto Barroso, que distingue o interesse público, verdadeiro componente do princípio sob análise, do *interesse do aparato administrativo*, isto é, do interesse dos administradores da coisa pública:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. (...) essa distinção não é estranha à ordem jurídica brasileira. É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse secundário. Aliás, a separação clara dessas esferas foi uma importante inovação da Constituição Federal de 1988. É essa diferença conceitual entre ambos que justifica, também, a existência da ação popular e da ação civil pública, que se prestam à tutela dos interesses gerais da sociedade, mesmo quando em conflito com interesses secundários do ente estadual ou até dos próprios governantes (BARROSO, 2007, p. 12-19).

Parte da concepção de que o Estado procura sempre perseguir os fins sociais, o bem da coletividade, que, em tese, diferem dos interesses dos indivíduos que a compõem, importando a quem age como titular de um órgão ou função pública o dever de cuidar dos interesses coletivos como um vontade funcional.

Ocorre que, mais uma vez voltando-se à realidade política brasileira, a prática denuncia que o interesse dos governantes é mesmo sobreposto ao próprio interesse público, do qual não é só diverso, como também adverso, julgando a casta que compõem superior mesmo que a própria sociedade, como bem denuncia Engels (1984, p. 193):

Donos da força pública e do direito de recolher os impostos, os funcionários, como órgãos da sociedade, põe-se então acima dela. [...] veículos de um poder que se tinha tornado estranho à sociedade, precisam impor respeito através de leis de exceção, em virtude das quais gozam de uma santidade e uma inviolabilidade especiais.

Apesar da diminuição dos poderes dos administradores públicos, que antes do atual cenário constitucional ingressavam de qualquer forma nos quadros de servidores e eram irresponsabilizáveis, hoje ainda muito se percebem atitudes destoantes da vontade popular. Se não, veja-se o exemplo a seguir, de Marçal Justem Filho:

Imagine-se que o aumento do tráfego torne necessária a duplicação de uma rodovia. O congestionamento rodoviário provoca atrasos, acidentes e poluição. É inegável a existência de “interesse público” em promover a duplicação. Suponha-se, no entanto, que a duplicação acarrete a necessidade de desmatamento de uma área florestal de preservação permanente, de grande valor ecológico. Ou que existam sítios arqueológicos de valor inestimável que serão destruídos em virtude da duplicação da rodovia. Ou que a duplicação exija o deslocamento de grande quantidade de moradores de baixa renda, remetendo-os ao constrangimento de total afastamento do núcleo urbano. Seria inquestionável a existência de interesses públicos potencialmente lesados em virtude da duplicação da rodovia. (2005, p. 42)

Não é frequente tal situação na realidade? Ora, não são muitas as empreiteiras e construtoras que financiam campanhas políticas milionárias dos candidatos brasileiros encimadas na regra eleitoral que permite a doação por pessoa jurídica?¹⁸

Críticas pessoais à parte, releva notar quão substancial é tal princípio para Administração Pública, por acarretar os demais mandamentos que a consolidam, como o princípio da indisponibilidade do interesse público, dentre outros, como aduz Humberto Ávila (2007, p. 172):

Decorreria desse “princípio” a posição privilegiada do órgão administrativo nas relações com os particulares, malgrado sua limitação pelo ordenamento jurídico. No bojo desse “princípio” – descrito como um “princípio de supremacia” – está a ligação das normas administrativas ao interesse público que visam a preservar, bem como o exercício da função administrativa pelos órgãos administrativos, aos quais é defeso representar interesses meramente pessoais, senão que devem atuar sob o influxo da finalidade pública instituída pela lei. É também a partir desse “princípio” que se procura descrever e explicar a indisponibilidade do interesse público e a exigibilidade dos atos administrativos, assim também a posição de supremacia da administração e os seus privilégios frente aos particulares, especialmente os prazos maiores para intervenção ao longo de processo judicial e a presunção de validade dos atos administrativos.

Com efeito, há que ser considerada uma universalidade de direitos, inclusive os do particular ou da minoria, na realização de uma atividade pública, a qual não se pode pretender válida apenas por encimar o princípio da supremacia, sobre o que discorre Odete Medauar:

Esse clássico princípio rege muitos institutos e normas do direito administrativo. Mas vem sendo matizado pela idéia de que à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício “a priori” de nenhum interesse; o objetivo dessa função está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses, com a minimização de sacrifícios. (2002, p. 143)

No mesmo sentido, entende Gustavo Binenbojn:

[...] o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento desde raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade. (2007, pg. 167)

¹⁸ Vale verificar as fundamentações da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650, da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo em vista a declaração da inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.504/97 e da Lei nº 9.096/95, no que atinem à possibilidade de doações por pessoas jurídicas a candidatos e a partidos. No último dia 02 de Abril, o Supremo Tribunal Federal levou à discussão o referido processo, tendo a maioria do Pleno decidido pela a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos da legislação eleitoral, acarretando na proibição da prática. Por outro lado, uma manobra de um dos ministros acabou por adiar a decisão final. Para ilustrar a relevância do problema, vale conferir as informações do sítio “*As Claras*”, na internet, em cujos dados estatísticos constam como os quatro maiores doadores a comitês e diretórios do ano de 2012 quatro grandes construtoras e empreiteiras, sendo destinatários das maiores doações os partidos mais influentes do país (PT, PSDB, PSB, PMDB, DEM). Dados simples os quais denotam *per se* o critério censitário que ainda apresentam as eleições brasileiras. Muito mais em: <<http://www.asclaras.org.br/@index.php>>.

É interessante a nomenclatura sugerida por Rafael Oliveira, o qual faz menção a um *princípio da finalidade pública* no lugar do famigerado princípio da supremacia do interesse público, considerando que “não existe um interesse público único, estático e abstrato, mas finalidades públicas previstas no ordenamento jurídico, como objetivo a ser alcançado pelo Estado” (2010, p.110).

Ora, a própria CF/1988 inaugura seu rol de direitos, garantias e programas fundamentais ao definir a República que é, a um só tempo, Estado de Direito democrático e fundado na dignidade da pessoa humana, como bem entende Juarez Freitas, para quem “o princípio do interesse público exige a simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais” (1997, p. 34).

Nesse sentido, é sóbria a defesa de Pedro Machete (2007, pg. 450) no sentido que os particulares devam possuir maior controle de seus destinos, enquanto seres livres e sujeitos de direitos, no que afirma:

[...] os particulares, porque são pessoas dotadas de liberdade quanto à determinação dos fins que prosseguem e que orientam as suas vidas, não podem ser tratados como mero objectos da acção do Estado, seja quando este os agride, seja quando os protege; eles têm de dispor dos meios jurídicos necessários para, por iniciativa própria e com autonomia, se defenderem das agressões ilegais e exigirem a satisfação de seus interesses nos termos legalmente previstos. Nessa perspectiva, não corresponderia à dignidade da pessoa humana a atribuição aos direitos fundamentais de uma relevância apenas jurídico-objectiva, de acordo com a qual o cidadão fosse visto somente como um objecto passivo beneficiário de reflexos dos direitos fundamentais; aquela dignidade exige que o cidadão seja visto também como chamado a defender, ele próprio, os direitos fundamentais que o protegem.

Nessa senda, não se mais deveria vislumbrar uma administração pública que se edifica fortemente contra o particular, todavia é o que sói ocorrer: negativas de internação de em hospitais públicos, remoções sem a devida indenização e para a realização obras não prioritárias, cortes no orçamento com a finalidade única de se obter superávit ou a desvinculação de recursos, dentre outros infimos exemplos.

Transcendendo o direito material, administrativo, e compulsando o processual, facilmente percebidos são outros privilégios que o Estado recebe quando em juízo, agora não só detentor de direitos – pela confusão do interesse público com o dos representantes –, como também o polo privilegiado numa relação jurídica processual.

Nesse sentido, vale lembrar o *princípio da inafastabilidade da justiça* ou no *acesso à justiça*, insculpido no art. 5º, inciso XXXV da CF – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” –, consistindo em garantia fundamental *do contribuinte*, pelo próprio histórico que tal princípio apresenta. Com maestria, José de

Albuquerque Rocha define-o como “a possibilidade assegurada a todos pela Constituição Federal de acudir aos órgãos do Poder Judiciário para pedir a proteção jurisdicional do Estado” (2002, p. 53).

Salienta ainda o autor que “a jurisdição é, justamente, a função estatal que tem a finalidade de garantir a eficácia do direito em última instância no caso concreto, inclusive recorrendo à força, se necessário” (ROCHA, 2002, p. 88). No mesmo sentido, Pontes de Miranda (1979, Tomo I, p. 20) aduzia que:

Se o Estado chamou a si a decisão das questões, a função de justiça, criou a todos os interessados a pretensão à tutela jurídica, a que corresponde o seu dever de prestar aos figurantes o que prometera. Seria absurdo que se visse no Estado o dever do Estado, a sua obrigação de resolver os litígios, e não se visse no autor, no réu e nos que podem intervir ou serem chamados o direito e a pretensão a que a entidade estatal faça aquilo que retirou aos que lutariam em justiça de mão própria.

Assim, em havendo uma lesão ou ameaça a um direito do contribuinte, não pode o Poder Judiciário ignorá-la, uma vez que “as normas jurídicas podem ter suas prescrições violadas, fazendo-se necessária a composição do conflito com a restauração do direito malferido” (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 216).

Ocorre que, como salienta Roque Antonio Carrazza, o Estado “tem o dever de assegurar ao contribuinte a possibilidade de exercer o controle da juridicidade das imposições tributárias, sem prejuízo do direito ao amplo acesso ao Judiciário, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da CF” (2010, p. 467). Vale salientar, aqui, a desnecessidade de que se esgotem as vias administrativas – do processo administrativo fiscal – para que o cidadão recorra à justiça, conforme preleciona Hugo Segundo:

No âmbito tributário, caso o conflito não seja equacionado na esfera administrativa, seja porque o administrado não a utilizou, seja porque não se satisfaz com o resultado, sempre haverá a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, único competente para impor às partes uma solução definitiva para o conflito. [...] Quando o contribuinte obtém êxito ainda no processo administrativo não há propriamente a “imposição” desse êxito à Administração (como ocorre no Poder Judiciário), pois é a própria administração, através do órgão a tanto competente, que está *reconhecendo* o direito do administrado, fazendo, com esse reconhecimento, com que desapareça o conflito. (2010, p. 217) (*itálico original*)

Nesse sentido, Roque Antonio Carrazza entende que o contribuinte pode, “a qualquer tempo, ir ao Judiciário para que este Poder decida, com imparcialidade, se as exigências do Fisco encontram, ou não, acústica na Constituição e nas leis”. (2010, p. 461-462) Conforme já arrazoado no presente trabalho, todavia, a tese de imparcialidade do juízo é sempre questionável, tendo-se em vista a inegável influência política que cada poder exerce

sobre o outro, ainda que não institucionalmente e à margem da lei. Mais sobre isso está escrito no tópico “3.3.3”.

Machado Segundo, inobstante entender que a Fazenda Pública mereça tratamento diferenciado por diferir dos cidadãos, ressalta que o problema que consiste nos prazos demasiados que se lhe conferem, dando margem a todo tipo de abuso, quando diz:

É importante ter em mente que o “tratamento desigual para os desiguais” não é uma válvula de escape para arbitrariedades, mas sim, como visto acima, uma solução racional diretamente relacionada com um propósito legítimo. Por isso mesmo, é evidente que a condição “diferenciada” da Fazenda Pública não é suficiente para validar todos os privilégios que eventualmente se lhe concedem (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 20).

Ora, não é o mesmo o Estado, enquanto Poder Legislativo, que cria a lei definidora de uma política pública, realiza esta enquanto Poder Executivo e julga, condena e executa o particular que a ela se oponha, enquanto Poder Judiciário?¹⁹

Com efeito, a evolução política certamente caminhou para uma separação harmônica e independente do poder estatal, antes totalmente vinculado à figura do soberano, nos três poderes clássicos, que se edificavam consoante irrompiam as revoluções liberais, conforme descreve Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

[...] a inglesa, que afirmou a instituição parlamentar como sede autônoma do exercício da função legislativa; a americana, que criou um sistema judiciário com a garantia de autonomia para o exercício da função judicial; e a francesa, que transferiu do rei a uma burocracia autônoma o exercício da função administrativa. (2003, p. 318)

Releva notar, todavia, que a norma do art. 2º da Constituição Federal não é suficiente para descingir a inferioridade que possui o particular em face do Estado, dados os contornos apresentados pela democracia atual, quando se sobre-excedem governantes cada vez mais autocráticos e corruptos, legisladores despreparados e alheios à realidade e julgadores descomprometidos com a justiça enquanto ideal e instituição.

Nesse sentido, quando inclusive a jurisdição tributária é problemática, deve ser conferido à resistência tributária maior aspecto político, diferindo-a dos crimes fiscais e de uma mera sonegação banalizada, generalizada, haja vista restar como alternativa legítima de oposição às injustiças do Estado-fiscal.

¹⁹ Vale conferir a obra “Defesa e Vulnerabilidade do Contribuinte”, de James Marins, em que o autor desconstrói o argumento da inferioridade de poderes do Fisco em face do contribuinte, quando o que ocorre é (in)justamente o contrário.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRIBUTAÇÃO

3.1 As dimensões dos direitos fundamentais e sua eficácia

Ao se auscultarem os conceitos de direitos humanos, direitos do homem, direitos fundamentais e direitos da personalidade, é perceptível, às mais das vezes, uma confusão de conceitos, não no sentido errôneo da palavra, mas, sim, no caso em que se confundam mesmo tais definições em forma e conteúdo, problema frequentemente ponderado na doutrina.

É o que ressalta Paulo Bonavides (2006, p. 560), considerando tal ponto como primordial da teoria dos direitos fundamentais, questionando o uso indistinto de tais expressões:

Temos visto o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva (2006, p. 180) aduz que:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: *direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem*. (grifos no original)

Assim, numa tentativa de alcançar um hiato conceitual necessário entre as expressões *direitos humanos, direitos da personalidade e direitos fundamentais*, recorre-se comumente a um critério que avalie a origem de tais direitos, o meio pelo qual se expressam. Nessa senda, os chamados “direitos humanos” ou “direitos do homem” teriam um caráter universal, albergando valores e direitos inerentes a todo e qualquer ser humano, pelo simples fato de ser humano, *não necessitando de estarem positivados*.

Há duas doutrinas concernentes à origem dos direitos humanos, uma primeira, defendida por Norberto Bobbio, tem-los como advindos do chamado Direito Natural. Esta é a corrente jusnaturalista. A outra teoria, defendida por Robert Alexy, defende os direitos humanos como conseqüências da própria dignidade da pessoa humana, como direitos básicos de todos os cidadãos, sem os quais estes não viveriam com dignidade.

José Afonso da Silva (2006, p. 176) conceitua os direitos naturais como “direitos inerentes à natureza do homem; direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser

homem”, alcançando uma definição de direitos humanos, os quais, para Paulo Bonavides (2006, p. 562), entendiam-se como “direitos naturais, inalienáveis e sagrados”, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão’.

Numa concepção clássica, observa-se que os direitos humanos consistiam numa defesa contra o poder arbitrário do Estado, contra o absolutismo monárquico, quando se passou a exigir uma postura estatal absentista, de alheamento às relações privadas e de garantia destas. Assim, opondo-se aos regimes monocráticos, defendiam-se os direitos humanos como direitos inatos, universais, inalienáveis, imprescritíveis e invioláveis, mas ainda sem expressão legal, positiva.

Compulsando, à mesma maneira, a gênese jurídica ou os meios de expressão dos direitos fundamentais, há de se conceituá-los, diferentemente do que ocorre com os direitos humanos, como *direitos positivados*, em cada ordenamento jurídico, por meio de um processo legislativo, em que atuam representantes do povo, ou o próprio povo, no contexto da soberania popular.

Assim Gisela Bester (2005, p. 558), com base em Pérez Luño, esclarece que a locução “direitos fundamentais” presume uma positivação, uma previsão em lei de tais direitos, quando a expressão direitos humanos englobaria irradiações do direito natural reconhecidas apenas em declarações e convenções internacionais.

Ademais, o caráter fundamental de tais direitos positivados há de ser refletido nas constituições, como assevera José Gomes Canotilho (2003, p. 377):

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. Não basta qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.

Distinguem-se, assim, tais categorias de direitos pelo *quantum* formal de sua expressão, pelo grau de positivação que alcançaram, eis que os direitos fundamentais, ao descreverem um grupo de direitos e liberdades jurídicas institucionalmente reconhecido e garantidos pelo Direito positivo, possuem um sentido mais preciso e estrito. Ao contrário, a expressiva locução direitos humanos constitui-se em conceito de contornos mais amplos e imprecisos.

Quanto aos *direitos da personalidade*, possuíam adornos mais privatistas, adstritos às liberdades individuais, aos direitos civis que compunham a chamada *Primeira*

Geração dos Direitos Fundamentais, sobre os quais esclarece Paulo Bonavides (2006, p. 563-564):

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Como pressupostos do Estado liberal que se avultava, estes direitos implicavam numa atuação absentista do Estado, minuído sua esfera de atuação na vida privada e conferindo maior liberdade aos particulares, que possuíam um patamar inatingível de liberdades individuais. Assim, os direitos fundamentais consistiram, inicialmente, numa postura de abstenção por parte do Estado liberal, que se afastava da vida privada, no momento em que os chamados direitos fundamentais “de primeira geração” asseguravam as liberdades básicas do indivíduo.

Ocorreu, no entanto, que tais previsões não foram suficientes para a construção de uma nova realidade social. O Estado precisava cumprir um papel a mais que se abster das relações privadas, sociais e econômicas, mantendo sempre a postura absentista exigida pelo liberalismo, pelo fato de tais esferas sociais, econômicas ou particulares encontrarem-se marcadas de consideráveis desigualdades. Avultava-se, em ampliação dos direitos, garantias e objetivos do insuficiente Estado liberal, o Estado social, sobre o qual assevera Paulo Bonavides (1988, p. 38):

Positivado como princípio e regra de um Estado de Direito reconstruído sobre os valores da dignidade da pessoa humana, o Estado social despontou para conciliar de forma duradoura e estável a Sociedade com o Estado [...] O Estado social de hoje é, portanto, a chave das democracias do futuro.

Desta sorte, no plano constitucional, advinha uma *segunda geração* ou *segunda dimensão dos direitos fundamentais*, quando o Estado passou a tutelar maiores interesses sociais, transpassando o paradigma das liberdades individuais e do absentismo estatal, e reconheceu mais direitos fundamentais, sobre o que afirma Daniel Sarmento (2008, p. 19):

No mesmo diapasão, dá-se a positivação dos direitos sociais e econômicos, fenômeno assente na inquestionável premissa de que, diante da desigualdade de fato existente no meio social, se o Estado não agir para proteger o mais fraco do mais forte, os ideais éticos de liberdade, igualdade e solidariedade em que se lastreia o constitucionalismo seguramente vão se frustrar. O advento desta segunda geração de direitos fundamentais impunha ao Estado o cumprimento de prestações positivas, que tinham de ser asseguradas através de políticas públicas interventivas.

Para Norberto Bobbio (1992, p. 33), a concepção dos direitos fundamentais de segunda geração compreendeu um “amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo

dizer, de novos valores – como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado”.

No mesmo sentido, Paulo Bonavides (2006, p. 564) conceitua os direitos fundamentais de segunda dimensão, como “os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do séc. XX”, os quais, para o autor, nasceram ladeados pelo princípio da igualdade.

E arremata José Afonso da Silva (2006, p. 286-287):

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, **são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.** São, portanto, direitos que se ligam ao conceito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Com efeito, assim dispõe a Constituição Federal:

CAPÍTULO II
DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

3.1.1 Há uma hierarquia entre os direitos fundamentais?

Debate recorrente na teoria dos direitos fundamentais e elemento importante de sua consolidação, o problema da hierarquização dos direitos fundamentais merece atenção no presente estudo, uma vez tratando este do conflito em que vislumbra de um lado os direitos fundamentais de uma coletividade contribuinte, e do outro o Estado-fiscal, em que este deveria garantir e promover vários direitos daquela.

Nesse sentido, vale suscitar o entendimento de Hans Kelsen no sentido de que a hierarquização das normas, envolvidas numa pirâmide jurídica, compreenderia um critério de validade para o qual a norma inferior só seria válida caso respeitasse a superior, tomando a norma como um enunciado puro e com uma colocação definida dentro do escalonamento normativo.

Afirma Kelsen (1979, p. 289):

[...] entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se a norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de considerar-se como estando de harmonia com a norma do escalão superior.

Nessa concepção, em que se também adota o princípio da supremacia da Constituição, é clara a função do texto normativo constitucional como critério de validade do ordenamento sobre o qual irradia. É o argumento principal do chamado *controle de constitucionalidade*... Assim, surge a questão: ignorando-se as normas insculpidas em leis complementares ou ordinárias, em decretos ou medidas, etc., seria possível vislumbrar uma hierarquia entre as próprias normas constitucionais?

Há, dentre outras teorias sobre hierarquização, quem defenda a existência de uma hierarquia em razão da matéria, ou seja, teriam maior relevância os dispositivos constitucionais que tratassem de assuntos materialmente constitucionais, como a estruturação do Estado e os direitos e garantias fundamentais, do que os dispositivos que contivessem normas apenas *formalmente constitucionais*, tratando dos assuntos que exorbitasse o conceito clássico de Constituição.

Nesse sentido, seria superior a norma do art. 2º, o qual determina a independência e a harmonia dos três poderes, que a contida no famigerado §2º do art. 242, que trata do Colégio Pedro II, tese levantada no constitucionalismo germânico por Krüger e Giese, “para quem é viável que normas constitucionais de teor secundário sejam declaradas inválidas por violação a outras normas constitucionais de maior importância” (RAMOS, 2012, p. 245).

No mesmo sentido, é válida a ressalva de Gilmar Ferreira Mendes (2003, p. 180-181):

Embora o texto constitucional não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III).

Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (*inviolabilidade da pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade*).

Por outro lado, há falar em hierarquia segundo um argumento histórico, isto é, no grau de efetividade que um direito ou garantia fundamental desenvolveu com o passar do tempo – frise-se que a Carta em vigor já conta com mais de vinte e cinco anos. Tal processo se assemelharia à própria evolução dos direitos fundamentais, em gerações ou dimensões ao passar dos anos, chegando a uma terceira que diz respeito às relações difusas de intensificadas

pela globalização, em que se vislumbram o direito a um meio ambiente equilibrado, à paz, ao desenvolvimento.²⁰

Nesse sentido, Ana Maria D'Ávila Lopes (2001, p. 176) entende que “os direitos de solidariedade, que juridicamente podem ser considerados em estado nascente, caracterizam-se por exigir, para sua conceituação, um maior grau de solidariedade do que os outros pelo fato de serem, ao mesmo tempo, individuais e coletivos”.

Com efeito, as próprias diferenças na origem, na forma, no conteúdo e nos destinatários dos direitos angariados em cada geração, como reflexos dos momentos históricos em que se desenvolveu cada uma, ocasionariam diferenças também na sua recepção enquanto normas constitucionais. É o que assevera Ana Maria D'Ávila Lopes (2001, p. 176) ao afirmar que:

As diferentes épocas do surgimento, reconhecimento e posituação dessas três categorias de direitos fundamentais revelam que são fenômenos que tem respondido a contextos históricos distintos e a concepções ideológicas diversas. Isso impede que sejam considerados como estritamente equivalentes em seu grau de consenso e legitimidade nacional e internacional, ou como possuidores da mesma natureza.

O interessante é que a própria classificação dos direitos fundamentais em *gerações* encontra críticos por ela mesma transparecer certa hierarquia, em razão da primariedade de uma em relação a outra, pelo que preferem os doutrinadores denominá-las *dimensões*. Nessa senda, ainda que inexistindo uma hierarquia formal ou material entre as normas constitucionais, é possível perceber uma *hierarquização* que, mesmo não sendo apriorística, não estando presente na própria Constituição, é percebida, sim, quando da efetivação – ou não – dos direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, a prática cidadã atesta que ocorre certa diferenciação por parte do Estado entre promover direitos mais básicos – como as liberdades individuais, os direitos civis e políticos, que se enquadrariam na primeira geração – e promover os direitos sociais – pela perspectiva coletiva que possuem –, sendo reconhecível uma hierarquização, não formal, porém factual entre os direitos fundamentais, a qual não deve ser ignorada.

Vale salientar, resgatando aquela crítica volatilidade dos direitos humanos incólumes apregoados pela Revolução Francesa, em razão do caráter burguês do processo, especialmente no contexto do refreamento das manifestações populares no período pós-revolucionário, que tais direitos e garantias fundamentais vão sempre esbarrar no interesse individual daquele que detém o poder de efetivá-los. No dizer de Marx:

²⁰ Há quem fale em uma quarta geração ou dimensão dos direitos fundamentais, atinente aos direitos envolvidos com as relações virtuais, intensificadas pelos avanços nas comunicações, na informática, telemática.

Nenhum dos chamados direito humanos ultrapassa, portanto, o egoísmo do homem, do homem como membro da sociedade burguesa, isto é, do indivíduo voltado para si mesmo, para seu interesse particular, em sua arbitrariedade privada e dissociada da comunidade. Longe de conceber ao homem como ser genérico, estes direitos, pelo contrário, fazem da própria vida genérica, da sociedade, um marco exterior aos indivíduos, uma limitação de sua independência primitiva. O único nexos que os mantém em coesão é a necessidade natural, a necessidade e o interesse particular, a conservação de suas propriedades e de suas individualidades egoístas (MARX, 2005, p. 37).

Isto posto, na seara tributária, a mais do desafio de se efetivarem os direitos e garantias fundamentais do contribuinte enquanto indivíduo – os quais são recorrente mente aviltados –, desponta a relevância do aspecto coletivo de tais direitos, que teriam como titular não apenas um único contribuinte, mas toda uma coletividade ou a própria sociedade. O aspecto público, plural e coletivo viria a conferir maior legitimidade, respaldo e força à defesa dos contribuintes.

3.1.2 Os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes

Embora a Constituição Federal de 1988 haja previsto um sem-número de direitos e garantias fundamentais do cidadão enquanto contribuinte, como refreios e limitações ao poder de tributar do Estado, o presente trabalho encampa a análise dos princípios mais diretamente ligados à resistência aos tributos.

Considerando-se, assim, o liame indissociável entre tributação e legislação, bem como os casos em que os tributos, ainda que legais, são ilegítimos ou injustos, atingindo de chofre o cidadão enquanto indivíduo e comunidade, cumpre verificar a força normativa que possuem, para o direito tributário, os princípios da *legalidade*, *isonomia*, *capacidade contributiva* e da *dignidade da pessoa humana*, havendo falar também no *princípio democrático*, pautado nas exigências atuais da democracia.

3.1.2.1 Princípios constitucionais correlatos

Há diferentes sentidos por meio dos quais se expressam as normas jurídicas, ora entendidas como princípios, ora expressas como regras jurídicas, categorias do mesmo gênero normativo cuja distinção ainda encontra imperfeições teóricas. Sobre o assunto, Robert Alexy (2008, p. 87) alerta para a existência de “uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos”, não havendo na doutrina consenso sobre tais definições, problema o qual não pretende esta pesquisa abordar.

Com efeito, ao diferenciar princípios de regras, discorre Alexy (2008, p. 90-91) que:

[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...] Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; [...] Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. (itálico original).

No mesmo sentido, considerando os princípios normas jurídicas que não atinam a uma situação fática específica, Karl Larenz define-os como “ideias jurídicas materiais”, as quais consistem em:

[...] manifestações especiais da idéia de Direito, tal como esta se apresenta no seu grau de evolução histórica, alguns deles estão expressamente declarados na Constituição ou noutras leis; outros podem ser deduzidos da regulação legal, da sua cadeia de sentido, por via de um “analogia geral” ou do retorno à *ratio legis*; alguns foram “descobertos” e declarados pela primeira vez pela doutrina ou pela jurisprudência, as mais das vezes atendendo a casos determinados, não solucionáveis de outro modo, e que logo se impuseram na “consciência jurídica geral”, graças à força de convicção a eles inerente. Decisiva permanece a sua referência de sentido à idéia de Direito. (1989, p. 577)

Assim, os princípios corresponderiam um mandamento genérico, apriorístico, amplo – orientando uma postura jurídica ou política num sentido ou em outro –, ao passo que as regras consubstanciam ordenamentos diretos, incisivos, específicos, adstritos, que norteiam uma situação jurídica já perfeitamente determinada – obrigando ou permitindo uma conduta, por exemplo. Tal distinção leva em conta apenas um aspecto, ignorando os demais...

A despeito dos infundáveis debates sobre tal assunto, é sóbria a constatação de Humberto Ávila (2009, p. 120-121) quanto à complementariedade entre essas duas espécies do gênero *norma jurídica*, indispensáveis, em conjunto, a qualquer *sistema jurídico*, no que diz:

[...] um sistema não pode ser composto somente de princípios ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais importantes que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra [...].

3.1.2.1.1 Princípio da legalidade

O *princípio da legalidade*, força-motriz do Estado de Direito, consiste em um princípio jurídico anterior ao Direito Tributário, já insculpido como garantia fundamental no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal. Na seara fiscal, esse mandamento assume a função de mitigar o poder estatal em constranger o patrimônio do particular (*jus tributandi*), sendo reiterado no art.150, I, da CF/1988. Não há falar em tributo sem lei anterior que o defina.

Nesse sentido, além de ficar adstrita ao plano legal a instituição de tributos, o art. 97, do Código Tributário Nacional também imprime à lei a validade para que se detalhem as exigências do tributo, como bem assevera Hugo de Brito Machado (2011, p. 80):

Criar o tributo é estabelecer todos os seus elementos essenciais. Por isto mesmo, o art. 97 do CTN fez a explicitação do princípio da legalidade, afastando qualquer dúvida que ainda pudesse existir. Não basta que na lei esteja dito que o tributo fica criado. Na lei devem estar todos os elementos necessários a que se possa identificar a situação de fato capaz de criar a obrigação tributária e, diante de tal situação, poder determinar o valor do tributo correspondente. **A lei não pode deixar para o regulamento ou para qualquer ato normativo inferior a indicação de qualquer dos elementos necessários a essa determinação.** Todos os elementos essenciais da relação jurídica tributária devem ser indicados pela lei. O núcleo do fato gerador do tributo, o contribuinte, a base de cálculo, a alíquota, tudo deve estar na própria lei. (destaquei)

Releva notar, conforme salienta Paulo de Barros Carvalho (2000, p. 155), fazendo menção à regra do art. 150, inciso I, que tal princípio recebe adornos mais consistentes no Direito Tributário, “ganha feição de maior severidade, como se nota na redação do art. 150, I: *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*”. (destaque original)

À mesma maneira, Leandro Paulsen aduz que:

A legalidade tributária, em verdade, é específica e de maior rigor que a legalidade geral. A legalidade tributária, estampada no art. 150, I, da CF e interpretada em consonância com outros artigos constitucionais que lhe revelam o sentido, como o art. 153, §1º, implica a reserva absoluta de lei, de modo que a instituição dos tributos se dê não apenas com base legal, mas diretamente através da lei. Veja-se, ainda, que a instituição por lei consta do conceito de tributo, no art. 3º do CTN. (2011, p. 163)

Carrazza (2010, p. 258), por seu tempo, refere-se à da legalidade como “um dispositivo fundamental, que impede que o Estado aja com arbítrio em suas relações com o indivíduo [...]”. No mesmo sentido, Cerqueira (2000, p. 261-262) trata-o como pedra angular do Sistema Tributário Nacional:

Como reflexo disso, o particular tem o direito de ser tributado apenas nos termos de regras tributárias individuais e concretas válidas absolutamente; qualquer pagamento

respaldado por norma válida apenas relativamente ofenderá ao Sistema Tributário Brasileiro, e em especial ao princípio da estrita legalidade tributário, e há de ser repetido.

Ocorre que, em face de uma *lei injusta*, tal princípio tem deturpado seu intento garantista, quando serve para legitimar uma política tributária contrária aos interesses da coletividade. Nesse sentido, alerta Hugo de Brito Machado (2012, p. 59) que, “ainda que a lei não represente a vontade do povo, e por isto não se possa afirmar que o tributo é *consentido* por ter sido instituído em lei, ainda assim, tem-se que o *ser instituído em lei* garante maior grau de segurança nas relações jurídicas”.

E aduz o mesmo autor em outro escrito (MACHADO, 2006, p. 59):

No Brasil, como, em geral, nos países que consagram a divisão dos Poderes do Estado, o princípio da legalidade constitui o mais importante limite aos governantes na atividade de tributação. Por isto mesmo, teóricos a serviço do Poder já cuidam de construir teses com o objetivo de amesquinhá-lo. Entre estas a que coloca a solidariedade como algo moderno e que no denominado Estado Social deveria se sobrepor à legalidade, colocada como algo inseparável do individualismo. **O Poder busca, sempre, formas para contornar os limites que o Direito vai a muito custo construindo.** (*negritei*)

Desta “sorte”, a despeito de em voga a principal garantia dos contribuintes – qual o princípio da legalidade –, é de clareza solar a prejudicialidade da estipulação de um lei tributária injusta, tendo em vista que, mesmo não respaldada pela população, confere-lhe o estatismo jurídico toda força impositiva – *dura lex, sed lex*. Pelo exposto, a garantia da legalidade não é suficiente no contexto atual, o que a própria prática denuncia.

3.1.2.1.2 Princípio da isonomia

Quanto ao *princípio da isonomia*, há falar que se encontra genericamente previsto ou implícito no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o qual anuncia que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, como decorrência do direito de igualdade. Nessa senda, atendo-se especificamente ao Direito Tributário, a Carta Magna assevera, ainda, em seu art. 150, inciso II:

Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – *Omissis*;

II – instituir **tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente**, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; [...] (*negritei*)

Sobre tal princípio, discorre sobriamente Lacombe (2000, p. 16):

A isonomia é o princípio nuclear de todo o nosso sistema constitucional. É o princípio básico do regime democrático. Não se pode mesmo pretender ter uma compreensão precisa de Democracia se não tivermos um entendimento real do alcance do princípio da isonomia. Sem ele não há República, não há Federação, não há Democracia, não há Justiça. É a cláusula pétrea por excelência. Tudo o mais poderá ser alterado, mas a isonomia é intocável, bem como suas decorrências lógicas.

Vale dizer, ainda, que tal mandamento apresenta um aspecto formal, atinente à aplicação do Direito de maneira igualitária para todos, e um outro substancial, também chamado de aspecto material, o qual exige um tratamento diferenciado para situações que também sejam diferenciadas (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 19-20).

Do exposto, aduz tal dispositivo à máxima de que se devem tratar “igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”, consistindo em supedâneo para o princípio da capacidade contributiva, sobre o qual se discorre mais à frente.

Por outro lado, tem fundamento a ressalva de Hugo de Brito Machado quando afirma que:

As dificuldades no pertinente ao princípio da isonomia surgem quando se coloca a questão de saber se o legislador pode estabelecer hipóteses discriminatórias e qual o critério de discrimine que pode validamente utilizar. Na verdade a lei sempre discrimina. Seu papel fundamental consiste precisamente na disciplina das desigualdades naturais existentes entre as pessoas. Alei, assim, forçosamente discrimina. O importante, portanto, é saber como será válida essa discriminação. Quais os critérios admissíveis, e quais os critérios que implicam lesão ao princípio da isonomia. A este propósito existem formulações doutrinárias interessantes, entre as quais se destaca aquela segundo a qual o critério de discrimine deve ter um nexo plausível com a finalidade da norma.

De seu magistério, Machado Segundo (2010, p. 20) atine a uma vinculação tríplice do princípio da isonomia ao Estado, que envolva, a um só tempo, o legislador, o administrador e o juiz, “os quais não podem permitir o surgimento de situações que favoreçam injustificadamente um contribuinte em detrimento dos demais, ou, o que é mais comum, beneficiem a Fazenda Pública em detrimento dos contribuintes em geral”.

3.1.2.1.3 Princípio da capacidade contributiva

O *princípio da capacidade contributiva* está prescrito na Carta Magna, em seu art. 145, §1º, o qual estabelece:

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar,

respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Do exposto, o dispositivo em tela aduz a um princípio jurídico tributário que obriga o *legislador ordinário* quando da instituição dos tributos a observar as peculiaridades econômicas do contribuinte. No mesmo sentido, como decorrência deste princípio, é previsto no art. 150, IV, da CF, também o *princípio da vedação ao confisco*, sendo vedada utilização dos tributos com efeito confiscatório, punitivo, minando o patrimônio do contribuinte.

Assim, a doutrina amalgama tais princípios tendo em vista que ambos visam resguardar o *direito de propriedade* dos indivíduos. Vale salientar, todavia, que tais princípios não devem ser considerados apenas no momento nomogenético, de geração das leis tributárias, mas também quando da interpretação e aplicação de tais dispositivos ao caso concreto.

Com efeito, Hugo Machado (2011, p. 283-284) define tributo com efeito de confisco como aquele que “por ser excessivamente oneroso, seja sentido como penalidade”, salientando que “o caráter confiscatório do tributo há de ser avaliado em função do sistema, vale dizer, em face da carga tributária resultante dos tributos em conjunto” (MACHADO, 2011, p. 41).

Assim, o conceito de *capacidade contributiva* se aproxima do contexto da dignidade humana e da ideia geral de igualdade, como princípios fundamentais anteriores à relação Fisco-contribuinte, e do plano atinente à vedação ao confisco e à justiça fiscal, conforme assevera Fernando Aurélio Zilveti:

A igualdade no direito tributário situa-se na pessoa do cidadão, na igualdade material dos tributos individualizados. A correta aplicação da igualdade é feita, então, da seguinte forma: toma-se, primeiramente, um determinado tributo, utiliza-se da igualdade com a função de proteção do cidadão e, verificada no fato gerador, determinado por lei, a efetiva capacidade contributiva do cidadão, constata-se a realização da justiça fiscal (2004, p. 126).

Por sua vez, Rui Barbosa associa o princípio da capacidade contributiva à ideia geral de *equidade*, de justiça no caso concreto, quando assevera:

Nesse ponto já toquei em outro lugar, declarando que considero absoluta a necessidade de não submeter à ação do imposto direto o mínimo necessário à existência (*Existenzminimum*) nas classes mais desfavorecidas. Certamente esse mínimo, se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável. Mas há possibilidade de apreciações aproximativas, que financeiros e legisladores têm considerado suficientes, para dar satisfação, ao menos relativa, às exigências de equidade (*apud* ZILVETI, 2004, p. 213).

Do exposto, infere-se da prática tributária que o princípio da capacidade contributiva é por muitas vezes desconsiderado, sobretudo em sede tributação indireta,

envolvendo as relações consumo, *exempli gratia*, em que o contribuinte de menor poder aquisitivo é tributado à mesma maneira que o é contribuinte mais abastado. Sobre tal assunto, discorre-se mais adiante.

3.1.2.1.4 Princípio da dignidade da pessoa humana

Mais uma vez usando do expediente retórico de inverter, no discurso, o tratamento dos assuntos, pautando-se o mais relevante por último, avulta-se agora o princípio mais relevante à solução de qualquer questão jurídica, quer ela tributária, administrativa, civil, penal, trabalhista... Conforme se depreenderá a seguir, o princípio da dignidade humana irradia por todo o ordenamento, influenciando toda e qualquer relação jurídica, sobretudo aquelas estabelecidas entre o Estado brasileiro – que a tem como fundamento – e particular.

Inicialmente, releva notar que a ideia dignidade da pessoa humana foi adotada como *fundamento* da República Federativa do Brasil pela Constituição de 1988 (art. 1º, III), implicando no respeito, no tratamento digno a todo e qualquer ser humano. A dignidade reclama dignidades, difundindo-se isotropicamente por todo o ordenamento jurídico, por todas as relações tuteladas juridicamente, ainda que privadas.

Desta sorte, o princípio da dignidade da pessoa humana, a despeito do caráter abstrato que se lhe possa atribuir, impõe que as pessoas sejam respeitadas, resguardadas e tuteladas em sua integridade física e moral, como pressupostos de uma vida humana digna, norteando os demais valores constitucionais fundamentais, conforme assevera Glauco Barreira Magalhães Filho (2002, p. 136), para quem “a *dignidade da pessoa humana* é a fonte ética dos direitos fundamentais, não sendo esses senão emanações do valor básico mencionado” (itálico original).

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 61-65) aduz que:

Consagrado, expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Com efeito, o princípio da dignidade humana vai albergando todo o Ordenamento Jurídico brasileiro, impondo-se a toda e qualquer atividade estatal e exigindo o mútuo respeito

nas relações particulares. A dignidade humana, ademais, é o fundamento da gama de direitos e garantias fundamentais insculpidos no texto constitucional.

3.1.2.1.5 Princípio democrático

O princípio democrático, pedra fundamental do Estado brasileiro, assim como os arqui-princípios contidos nos fundamentos da República (soberania, cidadania, dignidade humana, valor social do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político), deve irradiar por todo este Estado, assim por todo o Ordenamento Jurídico brasileiro.

É sabido que a sociedade, os arranjos políticos a ela inerentes e o próprio estado modificaram-se, trilhando uma “progressiva redução do elemento despótico”²¹, uma tendência democrática. Nesse caminho, a democracia veio recebendo novos contornos políticos e jurídicos. O neoconstitucionalismo, apregoando a supremacia da Constituição e dos direitos e princípios fundamentais nela insculpidos, também reinterpreta a democracia como elemento essencial do Estado de Direito, do novo Estado Constitucional.

Assim, vale recapitular que a CF/1988 condicionou a legitimidade do poder político à concretização de fins específicos, como a soberania popular, a garantia dos direitos fundamentais, o pluralismo político, o regime democrático e dignidade humana. É assim que o princípio democrático determina a amplitude democrática do regime, uma vez que a própria democracia “aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade. [...] sugere a existência de um objetivo a realizar através da democracia” (CANOTILHO, 2003, p. 288).

Este princípio relaciona-se com os direitos fundamentais, na medida em que a efetivação dos direitos consiste em elemento básico para a construção da democracia. Não se materializam os mecanismos de democracia e de participação popular se grande parte da população vive em níveis de pobreza extrema.

Tais questões devem estar refletidas a partir da questão que está umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito, isto é, a concretização de direitos, o que implica superar a ficcionalização provocada pelo positivismo jurídico no decorrer da história, que afastou da discussão jurídica as questões concretas da sociedade (CANOTILHO, 2003, p. 335).

Nesse contexto, tomando por base os resultados obtidos na prática cidadã por meio das já mencionadas esferas de organização (movimentos sociais, ONG’s, associações de

²¹ O mais célebre pensador brasileiro a defender tal ideia foi Pontes de Miranda, especialmente em sua obra “Introdução à Política Científica”. Mesmo na seara civil, vislumbrava tal progressiva diminuição do *quantum* ou elemento despótico, sobretudo no ambiente familiar, de que tratara no Tomo VII de seu “Tratado”.

moradores etc.), um conceito de *participação popular* toma forma e conteúdo como elemento transformador da democracia meramente representativa. Nesse sentido, Odete Medauer contextualiza a chamada *administração consensual*, mais aberta à inserção dos particulares na tomada de decisões, no que diz:

[...] a atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação (MEDAUER, 2003, p. 211).

No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta a relevância de tal abertura para o presente e futuro das democracias:

A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção de todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem) (2003, p.41).

No dizer de Paulo Bonavides (2004, p. 47-48):

O Estado constitucional da Democracia participativa é Estado onde se busca levar a cabo, em proveito da cidadania/povo e da cidadania/Nação, concretamente dimensionadas, os direitos da justiça, mediante um Constitucionalismo de normas indistintamente designadas como principais, principiológicas ou de princípio.

No dizer de Bonavides:

O Estado constitucional da Democracia participativa é Estado onde se busca levar a cabo, em proveito da cidadania/povo e da cidadania/Nação, concretamente dimensionadas, os direitos da justiça, mediante um Constitucionalismo de normas indistintamente designadas como principais, principiológicas ou de princípio (BONAVIDES, 2004, p. 47-48).

Na atual conjuntura do Estado Social de Direito, em que, bem além da garantia das liberdades civis, das liberdades individuais, são também direitos os entendidos numa perspectiva social, comunitária, ambiental, os quais componham os direitos fundamentais ditos de quarta geração, a democracia configura-se também como direito (BONAVIDES, 2004, p. 477). Foi no Estado social que a democracia enquanto direito se instrumentalizara,

uma vez que, neste modelo de Estado, necessariamente intervencionista, cresce a preocupação com o controle da atuação estatal (SCHIER, 2002, p. 56).

É sabido que democracia meramente representativa já dera lugar à democracia semidireta, na qual “a alienação política da vontade popular faz-se apenas parcialmente”, quando se fala em soberania popular, “e o governo, mediante o qual essa soberania se comunica ou exerce, pertence por igual ao elemento popular nas matérias mais importantes da vida pública” (BONAVIDES, 2010, p. 296). Ademais, para além dos instrumentos da democracia semidireta, o direito de participação também recebe contorno de direito fundamental, decorrendo diretamente do princípio do Estado de Direito e do princípio democrático (SCHIER, 2002, p. 27).

No dizer de Maria Sylvia di Pietro (1993, p 133), “a participação popular é uma característica essencial do Estado de Direito Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade”.

Já Enrique Dussel destaca o caráter revolucionário da participação popular, como meio não só de efetivação do direito e da política, como também de inovação e transformação social, quando diz:

Cuando más participación hay de los miembros singulares en la comunidad de vida, cuando más se cumplen las reivindicaciones particulares y comunes, por convicción razonada, el poder de la comunidad, el poder del pueblo, se transforma en una muralla que protege y en un motor que produce e innova (DUSSEL, 2006, p. 25).²²

Em suma, a democracia elevava-se ao pedestal de direito fundamental, sendo o direito fundamental de participação da Administração Pública o meio por que se perfaz a democracia participativa, em tudo que compreenda o Estado de Direito democrático-participativo. É elemento essencial, início, meio e finalidade do Estado de Direito democrático. Direito fundamental e prerrogativa do Estado, qualquer que seja o arranjo deste, o princípio democrático, e os direitos fundamentais dele decorrentes, irradia por todas as suas esferas de poder, em todo e qualquer ente político que o componha.

3.1.2.2 As imunidades tributárias

Como complemento às chamadas *limitações ao poder de tributar*, verdadeiras interdições constitucionais à atividade fiscal, dentre as quais se incluem os princípios abordados no tópico anterior, a Constituição Federal excluiu do espaço tributável um rol de

peças, coisas e relações jurídicas intangíveis pela tributação. As denominadas *imunidades tributárias* definem fatos jurídicos, que normalmente se classificariam como fatos geradores, sobre quais os não devem incidir determinada exação..

Nesse sentido, discorre Luciano Amaro (2009, p. 148-149):

A imunidade tributária é, assim, a qualidade da situação que não pode ser atingida pelo tributo, em razão de norma constitucional que, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre que é autorizada a instituição do tributo.

Como efeito, a imunidade consiste em verdadeiro lenitivo ao campo de atuação fiscal, ao definir uma situação não-tributável, por meio da força de uma norma constitucional de conteúdo fundamental.

Ora, as imunidades ao encontro de garantias outras também estabelecidas pela própria CF/1988, como a liberdade de culto religioso, o valor social da cultura e da informação, o pacto federativo, dentre outros ditames fundamentais que inevitavelmente repercutem na prática tributária, *imunizando* um particular, uma instituição ou ente federativo ao desconsiderar sua capacidade tributária e o fato normalmente tributável.

Vale diferir, no entanto, a imunidade da chamada isenção. Ao passo que a primeira, ao atingir a definição das competências estipuladas pela própria Constituição, e somente nela, corresponde a garantia constitucional, as isenções correspondem a benesses conferidas aos particulares pelo Estado, por meio de lei, no exercício do poder de tributar, ao excepcionar algumas situações da incidência do tributo que venha instituir.

A capacidade de isenção corresponde à liberalidade de o ente tributante definir pessoas, bens ou situações isentas, no contexto de uma política fiscal de incentivo, na tributação ambiental etc. Já as imunidades são *direitos fundamentais*, cláusulas máximas da Constituição Federal, sendo, portanto, normas cogentes, de eficácia imediata, ao menos em tese.

Nesse sentido, a CF/1988 arrolou espécies imunes no inciso VI de seu art. 150, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

Desta sorte, a norma insculpida na referida alínea “a”, a qual veda aos entes tributantes cobrarem impostos uns dos outros, prevendo a chamada a *imunidade recíproca*, atine claramente para o equilíbrio do pacto federativo federativo. Na alínea seguinte “b”, sob o contexto do laicismo estatal, confere imunidade aos templos de qualquer culto, como desdobramento do direito de liberdade religiosa.

Já na alínea “c”, está prevista a imunidade dos partidos políticos, entidades sindicais, instituições de ensino e das entidades de assistência social, que se consagram imunes por conta do valor social das atividades que desempenham, no contexto em que o pluralismo político e o valor social do trabalho são mesmo fundamentos da República (art. 1º, IV e V), a educação é vista como um direito social fundamental (art. 6º) e responsabilidade do Estado (art. 205), o qual também tem como objetivos a construção de uma sociedade justa e solidária e a erradicação da pobreza e das desigualdades (art. 3º, I e III).

No mesmo sentido, sob uma programa constitucional de acesso universal à cultura, à educação e à informação (art. 23, V, art. 215), as imunidades previstas no art. 150, VI, “d”, da Constituição, visam beneficiar a difusão de livros, periódicos e jornais, imunizando inclusive o papel destinado a sua impressão.

Mais recentemente incluída neste rol, por força da Emenda Constitucional nº 75, de 15 de outubro de 2013, a alínea “e” visa acompanhar a atualidade no que concerne a difusão da cultura por meios digitais, ao que foi sensível o legislador constituinte derivado ao reconhecer, explicitamente, mais essa imunidade.

3.2 Realidade tributária brasileira

Dos conceitos abordados até aqui, percebe-se que o Estado, inclusive em seu aspecto fiscal, recebeu atributos sociais, garantistas, em razão da gama de princípios e regras constitucionais que lhe foram atrelados, como fundamentos, objetivos, programas políticos a seguir ou direitos e garantias fundamentais a velar, ampliar e proteger. A governança, ademais, deve pautar-se na moralidade legitimidade política, segundo uma considerável participação popular na gestão da coisa pública.

Nesse contexto, o Direito Tributário deveria também assumir esse aspecto democrático-social – dele decorrentes os já comentados princípios da capacidade contributiva

e da legalidade tributária, por exemplo –, especialmente em razão do impacto social – porque econômico e político – gerado pela tributação.

É sabido que a atividade fiscal, enquanto meio legítimo para atingir o direito fundamental à propriedade, objetiva claramente a “transferência de riqueza do administrado para o Estado” (MARQUEZI JUNIOR, 2013, p. 92-93), o qual cumpriria seus objetivos com tal sustento. Nesse contexto, ocorre também o argumento da *distribuição de renda*²³, considerando que as arrecadações seriam convertidas em políticas públicas.

Ocorre que, às mais das vezes, o produto da arrecadação percorre longo e tortuoso caminho por meio do Erário até se configurar como política pública ou investimento social, senda qual muito se perde pela corrupção, má gestão do dinheiro público, superávits forçados e desvinculação de recursos. Os orçamentos, conforme é sentido na prática, encontram-se muito aquém dos investimentos que exigem a sociedade.

Existe, de fato, previsão constitucional do controle externo, pelo exercício dos Tribunais de Contas, no entanto, inclusive pelo fato de tais cortes representarem microcosmos da praxe política rasteira – ora, os ministros e conselheiros são, quase sempre, ex-membros do próprio Poder Legislativo, sendo sua nomeação indecorosa troca de favor político –, não se verifica uma perfeita correição das vicissitudes orçamentárias.

Por outro lado, a chamada *tributação indireta* representa o ponto de maior relevância na problemática tributária brasileira, a nosso vê, não no sentido de esteja no topo das pautas dos legisladores ou arrecadadores, mas, ao contrário, pelo fato de os malefícios decorrentes da tributação indireta na relação Fisco-sociedade (contribuinte coletivo) atuarem, silenciosamente, em detrimento de uma gama de princípios fundamentais.

Nesse sentido, conceitua Aliomar Baleeiro (2008, p. 884) que “o mesmo tributo poderá ser direto ou indireto, conforme a técnica de incidência e até conforme as oscilantes e variáveis circunstâncias do mercado ou a natureza da mercadoria ou a do ato tributado”.

À mesma maneira, Luciano Amaro (2009, p. 425), ressalta a dificuldade de tal distinção, “quando se sabe que há a tendência de todos os tributos serem ‘embutidos’ no preço de bens ou serviços e, portanto, serem transferidos para terceiros”.

Assim, Machado Segundo (2011, p. 15-16) destaca que, na prática, é muitas vezes impossível de ser comprovado repasse do encargo tributário, a depender da “relação entre a

²³ O próprio Pontes de Miranda entendia o *imposto sobre a herança*, hoje pertencente à sigla ITCMD – Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* ou Doação, da competência dos estados, como meio mais eficaz de distribuição de renda, desconcentração da riqueza, haja vista que impediria as elites de se consolidarem, geração após geração, como detentores da maior partes dos bens do Estado. Ideia similar ocorre, para o direito sucessório, em se tratando de heranças jacentes. Neste caso, ao contrário da compulsoriedade característica do imposto, o Estado absorve o patrimônio somente se não houver sucessor determinado.

elasticidade-preço da demanda e a elasticidade-preço da oferta, fatores que podem fazer com que um tributo incidente sobre o consumo onere economicamente o produtor ou o consumidor, pouco importando quem é seu contribuinte do ponto de vista jurídico”.

Nesse contexto, em que a política tributária realizada pelo Estado brasileiro apresenta incontáveis impropriedades, o conceito de *justiça fiscal* permite o vislumbre de uma ideia de tributo ou tributação injusta, como o é a tributação indireta, por desconsiderar o princípio constitucional-tributário da capacidade contributiva – sem o qual não há falar em justiça fiscal.

É o que lamenta Hugo de Brito Machado (2012, p. 390):

Nas últimas décadas observa-se o incremento dos impostos indiretos. Essa tendência talvez decorra da inexistência de reação a esses aumentos, posto que o contribuinte de fato não tem consciência do ônus tributário que fica embutido nos preços dos bens e serviços. Daí por que preconizamos a instituição em lei da obrigatoriedade de indicação desse ônus na publicação de todo e qualquer preço de bem ou serviço.

Assim, a tributação indireta desponta como exemplo maior das injustiças tributárias perpetradas pelo Estado-fiscal, as quais, além de ilegítimas politicamente, também não teriam respaldo por desconsiderarem o princípio fundamental da capacidade contributiva.

4 RESISTÊNCIA FISCAL E DESOBEDIÊNCIA TRIBUTÁRIA

Avizinhando-se dos desenlaces teóricos do presente trabalho, o debate agora assesta a pesquisa para os conceitos de *resistência civil* e *desobediência civil*, com enfoque no que discorre a teoria constitucional acerca da existência de um direito que as englobe, tomando por base não só as discussões acerca da crise representativa do Estado, nele compreendido o Estado-fiscal, momento em que se requer uma repolitização da legitimidade, como também os direitos e garantias fundamentais do cidadão enquanto contribuinte.

Tal expediente intentará consubstanciar a ideia de um *direito de não pagar tributo injusto*, que repercute e culmine numa prática política de *resistência fiscal*, não no sentido geral em que se incluem toda forma de subterfúgio tributário, mas pela existência de um *direito de desobediência tributária*, segundo o qual a coletividade, ao repudiar um tributo manifestamente injusto, pode opor-se a seu pagamento. As discussões a seguir pretenderão diferir o que seria tal desobediência tributária de delitos dignos de reproche pelo Estado, no contexto dos crimes contra a ordem tributária, ressaltando as dificuldades técnicas e impossibilidades jurídicas e sugerindo soluções necessariamente políticas para a efetivação de tal direito.

4.1 Direito de resistência: gênero de muitas espécies

A história mostrou vários métodos e metodologias de oposição das sociedades ao Estado, que configuram como *resistências* num sentido lato, sendo também múltiplos os desdobramentos que o chamado *direito de resistência* apresenta. Dentre as práticas mais comuns, há quem as divida entre *modalidades institucionais* e *não-institucionais de resistência*. Ao primeiro grupo corresponderiam, por exemplo, a greve política, a objeção de consciência e a desobediência civil.

No segundo substrato, estariam inscritos o direito de autodeterminação dos povos, o direito à revolução e o direito à guerra. Nesse contexto, de multiplicidade de conceitos e preceitos, faz-se necessário distinguir as principais vertentes do direito de resistência, gênero de muitas espécies, verificando os fundamentos axiológicos e jurídicos que as determinam.

Cumprе salientar, antes, que a resistência em face leis ou governos injustos foi muito pouco abordada no Brasil, restringindo-se a poucos autores, de épocas diferentes e com enfoques variados, sendo praticamente omitida dos debates de direito público. (BUZANELLO, 2006, *passim*).

4.1.1 Conceito de direito de resistência

No dizer de José Carlos Buzanello (2006, p. 127):

A expressão “direito de resistência” é, em abstrato, suscetível de diversos tipos de abordagem, independentemente do lugar constitucional que se pretenda conceder ou das variáveis que cada uma dessas espécies possa apresentar, o que, por conseguinte, dá motivo a interpretações conceituais distintas.

Nesse sentido, os conceitos de direito de resistência são variados, tanto que é um “direito atípico”, que escapa aos arquétipos conhecidos do ordenamento jurídico e que não há necessidade da outorga do Estado, pois é um Direito que não consta da respectiva tipologia ou, de outra forma, é um direito fundamental que não se encontra constitucionalmente registrado através da sua especificação. Nesse contexto, o direito de resistência, inobstante seja atípico, pertence, sim, à teoria constitucional, não se podendo esvaziar seu conteúdo tendo em vista unicamente sua inadequação aos paradigmas jurídicos.

Nessa senda, o conceito de resistência há de ser trabalhado quando do tratamento específico de cada uma das modalidades que compõem o gênero, havendo enfoque ao final para os contornos constitucionais de tal direito.

4.1.2 Esboço histórico

Da lição de Nelson Nery Costa (1990, p. 3):

As raízes históricas do direito de resistência encontram-se em dois institutos da Idade Média. O primeiro regulava as relações entre senhores feudais, o dever de fidelidade germânico, que o obrigava o vassalo ao susserano (*sic*), mas se este violasse os limites da obrigação do outro, aquele tinha o direito de opor resistência. O outro determinava que os soberanos se deviam orientar pelos fundamentos do cristianismo, estabelecidos pela Igreja, sob pena de terem a desobediência justificada.

No entanto, há registros de resistências civis, revoltas, então encimadas em questões fiscais, na Antiguidade Oriental, quando em 2.350 a. C, na cidade mesopotâmica de Lagash, atual Tello, Urukagina foi levado ao cargo de “regulador” (*ishakku*) da cidade a fim de aliviar as taxas opressivas e a política fiscal de seus predecessores, notadamente na dinastia Ur-Nanshe, que instituíra múltiplos impostos e se assenhoreara da propriedade pertencente ao templo, razão pela qual se insurgiram os cidadãos, que destituíram a dinastia opressora (BURG, 2004, p. 9).

Na Antiguidade Clássica, o direito de resistência tinha fundamento ao contrapor-se às leis injustas do soberano, uma vez que possuía o valor de justiça especial atenção na sociedade grega clássica, sendo visto elemento próprio da condição humana, concedido pelos deuses. Sófocles (1999, p. 20), ao retratar o embate entre Antígona e o regente tebano Creonte, representa a ideia de resistência como conduta aceitável de aversão aos governantes, posto que pautada na justiça divina:

[...] essas não foi Zeus que as promulgou, nem a Justiça, que coabita com os deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens. E eu entendi que os teus éditos não tinham tal poder, que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos, não escritos, mas imutáveis dos deuses. Porque esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram. Por causa das tuas leis, não queria eu ser castigada perante os deuses, por ter temido a decisão de um homem.

Por outro lado, como aduz Evaldo Vieira (1983, p. 9), “o grupo de filósofos chamados sofistas, que viveu na Grécia, durante o século V antes de Cristo [...] já se referiam [eles] ao princípio da igualdade e da fraternidade humanas, colocando-o acima de qualquer lei”.

Em Roma, por outro lado, em sendo o poder dos governantes identificado com o próprio poder divino, não na perspectiva teocrática como era no Egito e no oriente próximo, mas sob o conceito de *augustus*, sendo o imperador identificado com o sagrado, o cidadão estava convencido de sua pequenez ante a cidade e os deuses, o que também se devia à ausência de um direito público subjetivo do indivíduo oponível ao Estado.

Relata a história, no entanto, que, por volta do ano 44 a. C, época em que era o regido o império pelos triunvirato composto por Marcus Antonius, Lepidus e Octavinus, que sucederam o poder após o assassinato de Júli César, a política confiscatória por parte de Roma, que atingia inclusive cidadãos influentes como os senadores e o renomado Cícero, tomando suas propriedades e pondo-as à venda. Tal política se mostrou ineficaz, pelo que o triunvirato instituiu uma série de impostos absurdos, com um sobre a propriedade das mulheres ricas, o que gerou grande insatisfação. (BURG, 2004, p. 19).

Há falar, no entanto, que o fenômeno do *tiranocídio*, etimologicamente significando o assassinio de um autócrata, era algo aceitável quando este governava autoritariamente, outorgando leis injustas e oprimindo seus súditos. Com efeito, de tal maneira germinava a primeira direitos do cidadão na sua relação com os governantes e com o Estado.

Descrevendo tal período de autocracia nas cidades-estados da Antiguidade Clássica, Norberto Bobbio (1998, p. 372) aduz que:

Tal como as Ditaduras modernas, as tiranias gregas nasciam, geralmente, das crises e da desagregação de uma democracia ou de um regime político tradicional, no qual surgia a ampliação do interesse e da participação política. Tal como o ditador moderno, o tirano não era um monarca legítimo, mas sim o chefe de uma facção política, que impunha com a força o próprio poder a todos os outros partidos. Da mesma forma que os ditadores modernos, os tiranos exerciam um comando arbitrário e ilimitado, recorrendo amplamente a instrumentos coercitivos. Com o tempo, todavia, o conceito de tirania transformou-se, afastando-se em parte do seu sentido originário e dando maior ênfase à maneira cada vez mais exclusiva de exercer o poder.

Quanto ao período feudal, a historiografia ocidental salienta o fenômeno das *jacqueries* como insurreições com contornos e números sociais não tão relevantes, tendo em vista as condições de habitação da época medieval, quando a população estava diversa pelo campo. O *tirano* das terras, do campo, era o senhor feudal, cujo poder se fundava em argumentos nobiliárquicos, que mesmo justificavam o regime de servidão, a vassalagem, a imobilidade social. Vale o relato:

[...] peasant uprising against the nobility in late May 1358 that was centered in the Ile-de-France and Beauvais regions of northeastern France and was instigated partly by heavy taxation. The Jacquerie (so called because the nobles contemptuously termed every peasant "Jacques" or "Jacques Bonhomme") arose out of the continuing tragedies of the Hundred Years' War. A series of defeats in that war had left the French nobility and knights discredited and had culminated in the disastrous French failure at the Battle of Poitiers (September 1356), where the English captured King John II. Although a truce between the English and French forces followed the battle, marauding bands of mercenaries from the English army, sometimes with the French nobles' support, pillaged the French countryside. This outrage, added to the economic hardships they had suffered during the war, incited the peasants to resistance. The nobles' demands for payment of increased dues by the peasants and the Dauphin Charles's imposition of increased taxes to pay for refortifying the castles around Paris further inflamed the peasants to open rebellion (BURG, 2004, p. 119-121).²⁴

Já na modernidade, São Tomás de Aquino, encimando as ideias de Aristóteles, distinguiu três espécies de tirano, uma primeira em que o déspota se arvora em tal posição política sem possuir um título nobiliárquico (*absque titulo*), ou quando é ele tirano pelo modo

²⁴ Tradução livre: “[...] revolta camponesa contra a nobreza, no final de maio 1358, que foi centrada nas regiões Ile-de-France e de Beauvais nordeste da França e foi instigada em parte pela tributação pesada. A Jacquerie (assim chamada porque os nobres desdenhosamente chamavam cada camponês “Jacques” ou “Jacques Bonhomme”) surgiu a partir das tragédias contínuas da Guerra dos Cem Anos. Uma série de derrotas em que a guerra tinha deixado a nobreza e os cavaleiros desacreditados francês e culminaram no fracasso desastroso francês na Batalha de Poitiers (setembro 1356), onde o Inglês capturado D. João II. Apesar de uma trégua entre o Inglês e as forças francesas se seguiu à batalha, saqueadores bandos de mercenários do exército Inglês, por vezes com o apoio dos nobres franceses, pilhado campo francês. Esta indignação, somada às dificuldades econômicas que havia sofrido durante a guerra, incitado os camponeses a resistência. As demandas dos nobres para o pagamento de dívidas aumentadas pelos camponeses e imposição do Dauphin Charles de aumento de impostos para pagar a reestruturação dos castelos em torno de Paris inflamou ainda mais os camponeses para abrir rebelião”.

como exerce seu poder (*quoad exercitium*), ou reveste-se das duas características anteriores (BOBBIO, 1998, p. 372).

Para o pai da escolástica, a resistência social era aceitável diante da usurpação do poder por um pretense soberano, que toma indevidamente e exorbita de tal condição, opondo-se às leis de Deus. A resistência, nestes casos, era admitida mesmo com violência, inclusive caminhando para o tiranicídio.

No mesmo sentido, Artur Machado Paupério destaca a tirania como o poder ilegítimo, que não conta com o consentimento social, tampouco visa o bem comum da sociedade:

Se falta a primeira das condições acima, ou seja, se o poder é usurpado pela força ou se desrespeita a fórmula ou as exigências estabelecidas no pacto de constituição do poder, erige-se a tirania de origem ou quanto ao título (*tyrannus ab origine, tyrannus secundum titulum, tyrannus quoad titulum*). Se, contrariamente, falta a segunda condição, erige-se a tirania de regime ou quanto ao uso do poder (*tyrannus quoad regimen ou a regimine, ou tyrannus in usu potestatis*). Em tais casos, já não há poder: há arbitrariedade. E a tais governos não pode deixar de ser legítima a resistência por parte dos governados (PAUPÉRIO, 1978, p. 25).

Com efeito, no advento do absolutismo, as teorias do direito divino suprimiam, à força ideológica, a legitimidade que não possuía o tirano moderno – o monarca absolutista. Assim, no auge do despotismo europeu, as questões fiscais eram tratadas com a mesma austeridade das demais políticas estatais. Não foram poucos, no entanto, os momentos de resistência do povo às tributações abusivas.

Em 1341, por exemplo, houve na França intenso protesto contra o pagamento da famosa *gabella*, o imposto histórico sobre o sal, inaugurado por Philip IV em março daquele ano, incitando protestos das cidades que comercializavam o produto tributado – Le Puy, Nimes, Montpellier e Lunel, por exemplo (BURG, 2004, p. 111).

Nesse sentido, rumando para o que culminaria nas revoluções burguesas, a resistência ao absolutismo foi-se intensificando a partir do século XVIII, notadamente respaldada pelas ideias liberais de John Locke, num contexto em que a Inglaterra era palco de inúmeras manifestações. A guisa de exemplo, durante o reinado controverso do Rei Henrique VIII, nos idos de 1536-37, houve a chamada *Peregrinação da Graça*, a qual teve consideráveis proporções:

The rebels formed an army of 20,000 that confronted Henry VIII's forces across the River Don at Doncaster in October 1536 after having seized control of York and the royal castle at Pontefract. Calling themselves "Pilgrims," carrying banners depicting the five wounds of Christ, and invoking God's grace and defense of the Church in their marching songs, the rebels presented a formidable armed challenge to the king's force under command of the duke of Norfolk and the earl of

Shrewsbury, who decided that negotiation was the best tactic (BURG, 2004, p. 157).²⁵

Desse cenário, é em Locke que a ideia de *resistência* ao poder absoluto toma forma e conteúdo, no sentido de que seria legítima a oposição às injustiças e abusos por parte dos governantes, não cabendo, entretanto, a resistência deliberada, a oposição à ordem estabelecida, que, para o autor, importava em anarquia:

Será possível, pois opor-se às ordens de um príncipe? Poderá alguém resistir-lhe sempre que julgar ter sofrido um agravo só porque acha que não lhe foi feita justiça? Agindo assim se desarranja e subverte qualquer governo e, em vez de governo e ordem, só reinará anarquia e confusão. Minha resposta é que só se deve opor força à injustiça e ao abuso; se alguém criar oposição em qualquer outro caso, torna-se merecedor de justa condenação, tanto de Deus como do homem; e assim não haverá perigos e confusão social, como muitos sugerem. (LOCKE, 1998, p. 132)

Com efeito, na história do direito de resistência, vale dizer que foi a França o país a inaugurar sua previsão em um ordenamento constitucional, ainda em 1793. Constavam no texto da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, na redação que passou a integrar o texto da Constituição Francesa de 24 de junho de 1793 como preâmbulo, três dispositivos que aduziam, explicitamente, a um direito do povo de resistir às opressões, inclusive as perpetradas pelo próprio Governo. Vale citá-los:

Article 33. - La résistance à l'oppression est la conséquence des autres Droits de l'homme.

Article 34. - Il y a oppression contre le corps social lorsqu'un seul de ses membres est opprimé. Il y a oppression contre chaque membre lorsque le corps social est opprimé.

*Article 35. - Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs.*²⁶

Antes mesmo, tal texto já denotava a relevância da soberania popular, como fonte originária e natural do poder político, quando declara:

Article 9. - La loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l'oppression de ceux qui gouvernent.

Article 10. (Omissis)

²⁵ Tradução livre: “Os rebeldes formaram um exército de 20.000 que confrontou as forças de Henrique VIII através do rio Don em Doncaster, em outubro 1536, depois de ter tomado o controle de York e do castelo real em Pontal. Chamando-se ‘Peregrinos’, carregando faixas que representam as cinco chagas de Cristo, e invocando a graça e a defesa da Igreja de Deus em suas canções de marcha, os rebeldes representavam um desafio armado à força do rei sob o comando do duque de Norfolk e o conde de Shrewsbury, que decidiu que a negociação era a melhor tática”.

²⁶ Tradução livre: “Artigo 33 - Resistência à opressão é a consequência de outros direitos humanos.

Artigo 34 - Há opressão contra o corpo social, quando um dos seus membros é oprimido.. Há opressão contra cada membro, quando o corpo social é oprimido.

Artigo 35 -. Quando o governo viola os direitos do povo, a insurreição é para o povo e para cada porção do povo, o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres.”

*Article 11. - Tout acte exercé contre un homme hors des cas et sans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique; celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence a le droit de le repousser par la force.*²⁷

Vale lembrar que a Declaração de 1793 cria e encimava-se numa ideia de “perfeição da lei”, de que o meio legal era o meio mais legítimo de manifestação dos direitos do homem, razão pela qual afirma, em seu artigo IV, que “*la loi est l'expression libre et solennelle de la volonté générale; elle est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse; elle ne peut ordonner que ce qui est juste et utile à la société; elle ne peut défendre que ce qui lui est nuisible*”²⁸.

Ora, tal ideia era reflexo do momento que vivenciava o povo francês quando da promulgação de sua primeira constituição escrita, no auge do *zeitgeist* iluminista, como já destacado anteriormente. Já na Declaração Revolucionária de 1789 constava:

*Article 6. - La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.*²⁹

As falhas do argumento legalista, tão presente dentre os teóricos desta época, foram já suscitadas no presente trabalho quando se tratou da insuficiência da lei como elemento de legitimação da atividade estatal. Por outro lado, o direito de resistência passou a ser excluído dos textos constitucionais como previsão literal – como ocorria na Declaração.

Nesse sentido, expõe Roberto Gargarella (2005, p. 11):

*En los últimos doscientos años, sin embargo, y por una diversidad de razones, el derecho de resistencia dejó de ocupar el lugar de privilegio que ocupara durante tanto tiempo – lugar de privilegio que se advierte en su protagónica presencia en la Declaración de la Independencia norteamericana, en la Declaración de los Derechos del Hombre Francesa, o en buena parte de las Constituciones latinoamericanas del siglo XX.*³⁰

²⁷ Tradução livre: “Artigo 9º - Legislação deve proteger a liberdade pública e individual contra a opressão dos que governam.

Artigo 10. (*Omissis*).

Artigo 11 - Qualquer ato praticado contra um homem fora do caso e sem as formas que a lei determina é arbitrário e tirânico; contra quem iria correr pela violência tem o direito de repelir pela força.”

²⁸ Tradução livre: “a lei é a expressão livre e solene da vontade geral; que é o mesmo para todos, se protege ou pune; ele pode ordenar que é justo e útil para a sociedade; ele não pode defender o que é prejudicial”.

²⁹ Tradução livre: “Artigo 6º - Lei é a expressão da vontade geral. Todo o cidadão tem o direito de participar pessoalmente, ou através de seus representantes, na sua formação. Deve ser a mesma para todos, seja protegendo, seja pune. Todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares públicos e empregos, de acordo com a sua capacidade e sem distinção, exceto a de suas virtudes e talentos.”

³⁰ Tradução livre: “Nos últimos duzentos anos, no entanto, e para uma variedade de razões, o direito de resistência para a esquerda para tomar o lugar de privilégio de ocupar por muito tempo - posição privilegiada que

Por outro lado, algumas constituições previram-no como direito fundamental explícito, como bem aduz Maria Garcia (2004, p. 171-172):

Algumas constituições admitem o direito de resistência de forma expressa, a alemã, de 1940 e a constituição portuguesa de 1982. Na primeira, o dispositivo verifica-se da seguinte maneira: “Art. 20 – (Princípios Constitucionais – Direito de resistência) (...) (3) O poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito. (4) Não havendo outra alternativa, todos os alemães têm o direito de resistir contra quem tentar subverter essa ordem.”. Já a constituição portuguesa assim dispõe: “Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”.

4.1.3 *Espécies de resistência civil*

A literatura discorre acerca de pelo menos seis modalidades de resistência popular ao governo, sendo elas a greve política, a objeção de consciência, a desobediência civil, a autodeterminação dos povos, o direito à revolução e o direito à guerra. Tais classificações tomam por base os métodos e metas de cada modalidade, adequada a certo nível de conflito ou questionamento da autoridade.

A chamada *greve política* vem a consistir em um conflito mais amplo que as questões envolvendo os direitos dos trabalhadores e o direito patronal, não se limitando à simples reivindicação parcial de negócios trabalhistas, contendo em si elementos de ordem econômica e política, “pois desloca-se para a arena pública, a fim de obrigar o governante a aceitar determinadas exigências, ou como arma para enfraquecê-lo ou derrubá-lo” (BUZANELLO, 2006, p. 149).

Para John Rawls (2002, p. 408), a objeção de consciência na repulsa por parte de um particular a uma determinação legal ou administrativa que lhe fora diretamente dirigida, consistindo numa *ação* ou *omissão individual*, como a recusa ao pagamento de impostos por considerá-los financiamento para guerras e outras injustiças. É imagem clássica thoreaneana do homem que se isola numa cabana, na zona silvícola, para esconder-se do Estado, que não necessariamente precisa combatê-lo, mas que, obrigatoriamente, deve negá-lo:

Não é dever de um homem, na verdade, devotar-se à erradicação de qualquer injustiça, mesmo a maior delas, pois ele pode perfeitamente estar absorvido por outras preocupações. Mas é seu dever, ao menos, lavar as mãos em relação a ela e, se não quiser mais levá-la em consideração, não lhe dar seu apoio em termos práticos (THOREAU, 2006, p. 22).

é evidente na sua presença de liderança na Declaração da Independência Americana a Declaração dos Direitos do Homem Francês, ou na maior parte das constituições latino-americanos do século XX”.

Rawls difere a objeção de consciência da famigerada *desobediência civil* pelo fato de a primeira não se basear num conceito ou senso de justiça coletiva, mas sim num valor moral, individual, também não necessitando de fundar-se em princípios políticos, bastando para a objeção o valor de princípios morais ou religiosos.

Hannah Arendt, ao versar sobre a tradição liberal norte-americana acerca do direito de resistência, também aponta para um *critério coletivo-político* de diferenciação entre a objeção de consciência e a desobediência civil, quando diz:

Sempre que os juristas procuram justificar a desobediência civil em termos de moral e legalidade, interpretam sua causa à imagem ou do objeto de consciência ou do homem que testa a constitucionalidade de um estatuto. O problema é que a condição de contestador civil não tem qualquer analogia com nenhum dos casos, pela simples razão que ele nunca existe como um único indivíduo; ele só pode funcionar e sobreviver como membro de um grupo (ARENDR, 1999, p. 53).

Entende a autora que a oposição individual a uma injustiça governamental é absoluta e puramente subjetiva, manifestada segundo um imperativo moral particular que atine ao “*interesse do eu*” (ARENDR, 1999, p. 61).

Nelson Nery Costa, porém, afirma que Thoreau “deu novas possibilidades à resistência quando introduziu a noção de desobediência civil”, na qual, segundo Costa, “não se exigia mais a presença da vontade da maioria, nem que a crise política fosse total para a utilização deste instrumento da cidadania, tornando-o, assim, mais maleável” (COSTA, 1990, p. 25). Na verdade, Thoreau não tirou da maioria a titularidade do exercício da desobediência, apenas conferiu às minorias a possibilidade de perpetrá-la, ao mesmo tempo em que previu uma conduta resistiva individual, que veio receber o nome de objeção de consciência.

Assim, o próprio autor considera tal questão como controversa, sobre se a desobediência civil poderia ser cometida por um particular. Portanto, assevera Nelson Nery Costa (1990, p. 45-46) que “a desobediência civil é um ato normalmente coletivo”. Reconhece ele que “os grupos exercem pressão mais eficiente para modificar as leis ou as práticas governamentais, clamando por uma maior rapidez para a solução do impasse”.

A objeção de consciência consiste, assim, na recusa ao cumprimento de deveres políticos considerados incompatíveis com as convicções morais, políticas e filosóficas do indivíduo, que objetiva dispensar-se da obrigação jurídica imposta a todos pelo Estado. No dizer de Buzanello (2006, p.150), “a objeção de consciência se caracteriza por um teor de consciência razoável, de pouca publicidade e de nenhuma agitação, objetivando, no máximo, um tratamento alternativo ou alterações na lei”. A desobediência civil, por sua vez, tem nuances mais delicadas, as quais serão abordadas com maior zelo no tópico seguinte.

O *princípio da autodeterminação dos povos* consiste, em linhas gerais, num direito político de relações internacionais que intenta assegurar a soberania dos povos e a livre organização política, em detrimento de um país outro que os oprima ou colonize. Segundo José Carlos Buzanello (2006, p. 166), “não é propriamente uma modalidade típica de direito de resistência”.

Já o *direito de revolução*, este sim entendido como espécie de resistência, encontra apoio na condição de que o *fato social revolucionário* se inscreve num desenho de práticas radicalmente diferentes das modalidades institucionais do direito de resistência. No dizer de Buzanello (2006, p. 168-169), “tem, como fundamento, a questão do poder do Estado. A massa do povo é a força motriz do processo revolucionário, já que todo esforço do novo regime político tem em vista a mudança radical da sociedade e do Estado”, isto por transferir o poder das mãos da classe antes dominante para a classe antes dominada.

O direito de revolução estaria para a resistência como último recurso, a ser exercido num momento em que a prática democrática resistiva não consegue engendrar mudanças consideráveis, de retorno à população. Cumpre verificar, assim, na prática política qual o nível de mudança que uma instituição exige, ou melhor, merece:

Todas las instituciones, todos los sistemas institucionales, a corto, mediano o largo plazo deberán ser transformadas. No hay sistema institucional imperecedero. Toda la cuestión es saber cuándo debe continuar una institución, cuando es obligatoria una transformación parcial, superficial, profunda o, simplemente, una modificación total, de la institución particular o de todo el sistema institucional (DUSSEL, 2006, p. 126).³¹

O próprio Thoreau (2006, p. 14) reconhece o direito de revolução como “o direito de recusar lealdade ao governo, e opor-lhe resistência, quando sua tirania ou sua ineficiência tornam-se insuportáveis”. Comparando os governos a *máquinas*, reconhece o autor que todas têm lá seus atritos, suas falhas e vicissitudes comuns, “mas quando o atrito chega ao ponto de controlar a máquina, e a opressão e o roubo se tornam organizados, digo [diz ele] que não devemos mais ficar presos a tal máquina” (THOREAU, 2006, p. 15).

Assim, a revolução popular corresponderia ao derradeiro estágio de conflito político entre dominantes e dominados, entre os governados e o governo estabelecido, segundo um processo crescente resistência e tensão político-social, no qual a cada

³¹ Tradução livre: “Todas as instituições, todos os sistemas institucionais, de curto, médio ou longo prazo deverão ser alteradas. Não há sistema institucional duradouro. A questão toda é quando deve continuar instituição uma, quando um parcial, superficial, profundo ou apenas uma transformação completa mudança de instituição particular ou de todo o sistema institucional é obrigatória”.

manifestação do povo sempre corresponde o reproche das instituições que se pretendem preservar.

Nesse sentido, discorrendo acerca dos caminhos que levaram à Revolução Americana, a qual teria sucedido elementos e momentos importantes da luta dos colonos, que cada vez mais eram oprimidos pela Coroa Britânica, Howard Zinn elenca como instantes que antecederam a Independência diversos instantes em que a população resistiu ao governo, como o episódio da *Festa do Chá de Boston*, sobre a qual mais se discorre nas secções seguintes:

Al aumentar la dureza de cada medida de control británico – la Proclamación de 1763, que prohibía la colonización más allá de los montes Apalaches, el Stamp Act, los impuestos de Townshend, incluido el del té, el acuartelamiento de tropas y la Masacre de Boston, la clausura del puerto de Boston y la disolución del parlamento de Massachusetts – hizo que la rebelión colonial creciera hasta desembocar en la Revolución. Los colonos habían respondido mediante el Congreso del Stamp Act, los Hijos de la Libertad, los Comités de Correspondencia, el Tea Party de Boston, y, finalmente, en 1774, estableciendo un Congreso Continental – una entidad clandestina, precursora de un gobierno independiente. Fue después de la escaramuza de Lexington y Concord de abril de 1775 entre los Minutemen coloniales y las tropas británicas, cuando el Congreso Continental se decidió por la separación. Organizaron un pequeño comité para redactar la Declaración de Independencia, que escribió Thomas Jefferson y que finalmente fue adoptada por el Congreso el 2 de julio y proclamada con carácter solemne el día 4 de julio de 1776 (ZINN, 2003, p. 72).³²

Já *direito à guerra* tem supedâneo no fato de que “a guerra tem ocupado presença na formação dos povos e produziu imensas repercussões na vida social, haja vista que a história da humanidade, muitas vezes, se confunde com a história das guerras” (BUZANELLO, 2006, p. 172). É um conceito ainda muito polêmico, apesar de encontrar defensores ou apologistas do naipe de Sun Tzu, Maquiavel, Hobbes, Hegel, Nietzsche e Clausewitz.

Vale diferenciar, no entanto, o *direito à guerra*, tido como espécie não-institucionalizada do direito de resistência, do *direito da guerra*, construção doutrinária do Direito Internacional Público para indicar não um *direito* em si, mas um regime jurídico. Nesse sentido, Francisco Rezek (2005, p. 368) aduz que:

³² Tradução livre: “Ao aumentar a dureza de cada medida de controle britânico - Proclamação da 1763, que proíbe a liquidação além dos Apalaches, a Lei do Selo, os impostos Townshend, incluindo chá, o aquartelamento de tropas e o abate de Boston o fechamento do porto de Boston e da dissolução do parlamento Massachusetts - fez a rebelião colonial crescer para liderar a revolução. Os colonos tinham respondido com o Congresso do “Stamp Act”, os “Filhos da Liberdade”, os Comitês de Correspondência, a Festa do Chá de Boston, e, finalmente, em 1774, o estabelecimento de um Congresso Continental - uma organização clandestina, o precursor de um governo independente.

Foi depois da escaramuça em Lexington e Concord em abril 1775 entre Minutemen colonial e as tropas britânicas, quando o Congresso Continental decidiu sobre a separação. Organizou uma pequena comissão para redigir a Declaração de Independência, Thomas Jefferson escreveu e que foi finalmente aprovada pelo Congresso em 2 de julho e proclamada com solenidade em 4 de julho, 1776.”

Jus in bello é um nome latino que refere-se ao direito da guerra, ao conjunto de normas, primeiro costumeiras, depois convencionais que floresceram no domínio das gentes quando a guerra era uma opção lícita para resolver conflitos entre Estados.

Jus ad bellum, o direito à guerra, ou seja, o direito de fazer a guerra quando esta parecesse justa.

4.1.4 A desobediência civil

No dizer de Nelson Nery Costa (1990, p. 44), a *desobediência civil* “tem determinadas especificidades que a diferenciam de outros comportamentos do cidadão frente à obrigação de obedecer às leis”. Aduz o autor a múltiplos critérios determinantes, que dizem respeito, *e. g.*, “ao número de participantes, ao caráter público e político do ato, à utilização, como último recurso, à não-violência, à sujeição às sanções, à publicidade e às modificações normativas”. Releva notar, todavia, que a desobediência civil – como a própria nomenclatura denuncia – tem sua intimidade com o próprio conceito de *cidadania*, a qual importaria numa série de outros princípios a serem pautados num ato desobediente.

Assim, a dignidade humana, os direitos e liberdades civis e políticas, o princípio democrático-participativo e o próprio Estado de Direito reúnem-se no exercício da cidadania, a qual se configura como elemento essencial para a desobediência civil, pelo que a define Evaldo Vieira (1983, p. 8), sucintamente, tal qual “a desobediência dos cidadãos em sua sociedade, diante de certas, condições ou de diversas leis, em particular porque elas os ofendem, elas os agridem”.

Aduz ainda o autor que dela participam apenas os cidadãos, entendidos como sujeitos políticos e sujeitos de direitos e obrigações, dela “excluídos os súditos ou os súditos tributários, aqueles que unicamente têm obrigações, aqueles que só obedecem, além de por vezes pagarem impostos ao Estado” (VIEIRA, 1983, p. 8). Nesse sentido, Thoreau (2006, p. 12) destaca que “a grande maioria dos homens serve ao Estado desse modo, não como homens propriamente, mas como máquinas, com seus corpos”.

Nesse contexto, merece destaque e um resgate histórico o movimento que importou na já mencionada *Festa do Chá de Boston*, evento paradigmático da história estadunidense, em que se vislumbrou a desobediência civil com meio legítimo de oposição e luta contra as arbitrariedades do governo, nesta época, o metropolitano, *i. e.*, a Coroa Britânica.

Ora, foi justamente num contexto de opressão pela metrópole que as práticas de desobediência civil tomaram forma e difundiram-se como métodos políticos de resistência na

sociedade americana, marcando para sempre sua história. As razões de fundo do conflito consistiam no fato de que a Coroa Britânica objetivava sempre

[...] monopolizar o mercado para as manufaturas inglesas, daí a restrição à manufatura local; favorecer os mercadores ingleses de pele, os especuladores de terra, os pescadores, os madeireiros; limitar a navegação somente à órbita dos domínios ingleses e monopolizar os benefícios econômicos, resultantes desse comércio; dominar o mais possível o comércio de mercadorias coloniais; controlar o crédito e as finanças da economia colonial; impedir a expansão da população em direção ao Oeste; centralizar a máquina política das colônias; estrangular o avanço democrático e diminuir as leis nacionais, especialmente em termos de arrecadação e de justiça; reforçar o papel do militar na vida colonial, elevar a arrecadação necessária para manter as colônias com seus próprios recursos, e o mais importante, para proteger o capital inglês ali investido (APTHERKER, 1969, p. 24).

Ocorreu que, nos idos de 1773, foi instituída a famosa *Lei do Chá*, a qual tributava o produto advindo das colônias, aliviando o chá exportado pela Companhia das Índias Orientais, o que conferiu a esta vendas por um preço bem mais competitivo, inevitavelmente menor que o estipulado pelos colonos. Tal política alfandegária garantiu o monopólio do comércio do chá na América pela CIO, o que gerou grande impopularidade à medida.

Howard Zinn e Anthony Arno (2009, p. 83) relatam que o chá era um produto muito consumido na região, consistindo sua tributação excessiva em medida bastante impopular por parte da Coroa Britânica:

In debt from its war against France, the British imposed a stiff tax on tea in the American colonies. Tea was a popular drink, so the tax was a broadly unpopular one, symbolizing the fact that the colonies were subjected to "taxation without representation." When the British East India Company started bringing tea to the colonies directly from India, the price fell, but the tax remained. Many advocates for independence began to call for a boycott of British tea. At the end of 1773, a number of British ships carrying tea were headed toward the harbor in Boston. Samuel Adams demanded that three of the ships be sent back to sea, but the Massachusetts governor allowed the ships to enter and insisted that the tariff had to be paid for the shipment. On December 16, 1773, a crowd of men disguising themselves as Native Americans raided the ships and threw the cargo overboard.³³

Assim, os atos iniciais de resistência e desobediência culminaram, tendo em vista a resiliência da Coroa Britânica, na união dos colonos rumo à revolução, como elucidada Apthecker (1969, p. 72):

³³ Tradução livre: “Na dívida de sua guerra contra a França, o britânico impôs um imposto sobre o chá dura nas colônias americanas. O chá era uma bebida popular, de modo que o imposto foi uma amplamente impopular, simbolizando o fato de que as colônias foram submetidas à "tributação sem representação". Quando a British East India Company começou a trazer chá para as colônias diretamente da Índia, o preço caiu, mas o imposto permaneceu. Muitos defensores da independência começaram a pedir um boicote de chá britânico. No final de 1773, uma série de navios britânicos que levam chá estavam indo em direção ao porto de Boston. Samuel Adams exigiu que três dos navios ser enviado de volta para o mar, mas o governador de Massachusetts, permitiu que os navios entrem e insistiu em que a tarifa tinha que ser pago para o envio. Em 16 de dezembro 1773, uma multidão de homens disfarçando-se como nativos americanos invadiram os navios e jogou a carga ao mar”.

A preparação revolucionária observada na questão do chá, a promulgação das leis mais recentes (Leis intoleráveis) e a resistência a elas opostas, ressurgiram com o auxílio das mesmas fórmulas revolucionárias já tornadas familiares – Comitês de Correspondências, boicotes, convenções provinciais.

Isso culminou com a convocação do Congresso da Lei do Selo, numa forma mais ampla e melhor organizada, que ficou conhecida na história como o Primeiro Congresso Continental.

Em se tratando do Brasil, Evaldo Vieira aponta diversos momentos em que a população brasileira usou da desobediência civil como método de resistência política, quando recapitula:

Só para trazer à lembrança, o leitor veja estes exemplos. No Período Colonial, destacam-se as Inconfidências Mineira (1789), Carioca (1794), Baiana (1798) e Pernambucana (1801). Não deve ser esquecida, entre muitas outras, a Rebelião Nordestina de 1817, por demais fértil em consequência. No famoso período Imperial, tão cantado até mesmo como “democracia coroada” ou como “período parlamentarista” (cruzes, que superficialidade!), registram-se no mínimo a Revolta dos Cabanos no Pará (1833), a Revolta dos Balaios no Maranhão (1833) e a Rebelião Praieira em Pernambuco (1842). Ah, depois veio a República Brasileira, repleta de revoltas e de golpes de Estado. Ocorreram a Revolta da Armada (1893), a Revolução Federalista no Rio Grande do Sul, no Paraná e em Santa Catarina (1893), a Rebelião de Canudos (1896), a Revolta dos Tenentes (a partir de 1922), a Revolta dos Libertadores no Rio Grande do Sul (1923) [...] (VIEIRA, 1983, p.76-77).

Outro ponto inolvidável, do qual não se permitiria deixar de tratar o presente estudo, a despeito do mantra metodológico da síntese, consiste na necessidade de o exercício do direito de desobediência civil, de a desobediência perpetrar-se pacificamente ou não, quando se avulta a imagem pacífica de Mahatma Gandhi, que sempre traduz a ideia de mansuetude ou mansidão num momento de revolta, revolta silenciosa.

A desobediência de Gandhi pautara-se no conceito de *satyagraha*, como uma ideia de “força do amor” ou “da verdade”, fundamentadora da não violência, como bem expõe Juan Ugartemendia (1999, p. 26):

*La concepción de Gandhi sobre la desobediencia civil debe enmarcarse en su idea antes citada de satyagraha (firmeza o fuerza de la verdad), esto es, dentro de una estrategia de resistencia no violenta, de búsqueda de la verdad y lucha contra las injusticias, distinta de la “resistencia pasiva”. El satyagraha contraria, al menos, de dos “brazos”, la desobediencia civil y la no-cooperación.*³⁴

Com efeito, as teorias acerca da desobediência civil tendem sempre a acolher o caráter pacífico de uma manifestação ou processo político para caracterizá-lo como legítimo exercício do direito de desobediência. A tendência seria separar do pedestal de pacifismo em que tal conceito de desobediência civil se debruça da vala comum das revoltas, insurreições,

³⁴ Tradução livre: “A concepção de desobediência civil de Gandhi deve ser vista na sua ideia antes citada de *satyagraha* (firmeza ou força da verdade), ou seja, dentro de uma estratégia de resistência não-violenta, a busca da verdade e da luta contra a injustiça, diferente de uma “resistência passiva”. O *satyagraha* contraria, ao menos, de dois “braços”, a desobediência civil e não-cooperação”.

manifestações, guerrilhas etc., que se não poderiam considerar como *legítimo exercício do direito de desobediência* por serem consideradas violentas – quando não consideradas como atos de terrorismo, termo muito quisto pelos governos opressores, pois deslegitima qualquer movimento e, principalmente, destitui os movimentantes de qualquer direito ou garantia fundamental...

Ora, já se não poderia criticar tal tentativa de *standardização do direito de resistência*, que tende a manter a separados, por hiatos conceituais, o direito de desobediência das demais espécies de resistência civil? Merece reflexão tal conceito que exige a não-violência, haja vista que é a realidade social e política, e apenas ela, que determina o nível o nível insatisfação de um povo.

Releva notar que as consequências jurídicas do direito de desobediência estariam também atreladas ao critério pacifista, visto que apenas por meio dele se poderia diferenciar um ato de desobediência civil de um ato de *violência civil*, individual ou coletiva. Ora, é este justamente o elemento do tipo que diferencia os crimes de resistência e desobediência previstos no Código Penal Brasileiro, sobre os quais se discorrerá a seguir, em que se prevê, inclusive, para o crime de resistência – meio não-pacífico –, a aplicabilidade das penas do art. 329 “sem prejuízo das correspondentes à violência”, nos termos do §2º.

Evaldo Vieira (1983, p. 25) aduz que a desobediência civil “se apóia na prática da não violência, procura realizar a justiça completa em todos os aspectos da vida humana”. Para ele, “a desobediência civil considera indiscutível o fato de que a não violência é a maior força a ser empregada em defesa dos direitos das pessoas [...] trata-se de força qualitativamente superior à força baseada na brutalidade e na tirania” (VIEIRA, 1983, p. 26).

Para John Rawls, a resistência pela força tomaria destaque quando os planos da desobediência malograssem. Assim, a utilização de atos violentos, que não se encontrariam qualquer respaldo no âmbito da legalidade, corresponderia a uma prática revolucionário.

Nesse sentido, a ação armada não está dentro dos limites da fidelidade à lei, mas representa uma oposição mais profunda à ordem jurídica. A estrutura básica é supostamente tão injusta ou então se afasta tanto de ideais professados por ele, que se deve tentar preparar o caminho para uma mudança radical ou até revolucionária. E isso deve ser feito através da conscientização pública sobre as reformas básicas que se devem fazer (RAWLS, 2002, p. 404).

Nesse sentido, estaria compreendido o uso da força não pelos direitos de resistência e desobediência, aplicáveis dentro da ordem institucional, mas pela própria autodeterminação dos povos segundo o direito de revolução, haja vista que a própria ordem

estabelecida é posta em cheque. Ora, qual poder constituinte ou constituído daria azo seu próprio soçobro político? É evidente que nenhum.

Para Juan Urgatamendía...

No panorama brasileiro, por exemplo, é clara a aversão da CF/1988 às intervenções armadas, sobretudo quando aliadas a perfis antidemocráticos, ao reclame de um *direito de secessão*, subversão da ordem pública, especialmente quando veda o caráter paramilitar às associações civis (art. 5º, XVII, *in fine*) e aos partidos políticos (art. 17, § 4º), prevê como crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLIV) e ao dispor sobre intervenção:

CAPÍTULO VI
DA INTERVENÇÃO

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

I - manter a integridade nacional;

II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

[...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

[...]

É certo que tais previsões constitucionais elevam-se também como garantias ao próprio cidadão por parte do Estado, que se perfazem, inclusive, pelos requisitos de legitimidade e formalidade para a decretação de tal medida. Por outro lado, não deve o debate se furtar dos recorrentes exemplos em que o Estado usa de violência antes mesmo de o povo rebelado adotá-la como método de resistência.

Há falar nos casos ou causas em que, apesar de todo debate político, toda mobilização por meio de passeatas, manifestações pacíficas, coleta de assinaturas etc., a população não logra êxito enquanto não embater com o Estado, ou melhor, em que só se sobrepuja o interesse popular se as camadas resistirem, até o último momento, nas reivindicações. Nesse sentido, vale relatar, como exemplo de que nem sempre a desobediência estritamente pacífica é eficaz, o caso da *Guerra del agua de Cochabamba*, ocorrida na Bolívia na virada do milênio.

Em linhas gerais, tal conflito se iniciou quando na cidade andina de Cochabamba, reconhecidamente precária, marcada por desigualdade social e miséria, em que descendentes dos antigos povos colonizados ainda permanecem na mesma estratificação econômica de seus

antepassados, o governo decidiu privatizar Serviço Municipal de Água Potável e Esgoto de Cochabamba (SEMAPA).

Matheus Hoffman Pfrimmer (2008, p. 14), da Universidade de São Paulo, descreve como a *Bechtel Corporation*, de São Francisco – EUA, iniciou a operar na Bolívia, que recorreu aos fundos internacionais por apoio econômico:

O Banco Mundial condicionou o financiamento do projeto à privatização da SEMAPA e à aprovação de uma lei privatizando os recursos hídricos. Após um processo de licitação duvidoso a SEMAPA foi adquirida pelo consórcio transnacional “Aguas del Tunari”. Logo após, o Congresso aprovou a confusa lei 2029 para o setor de abastecimento de água potável. Após alguns meses de gestão da empresa transnacional, o preço das tarifas foi aumentado em até 100%.

Nesse contexto, o consórcio “Aguas del Tunari”, respaldado pela criticável concessão estatal, por sua vez “legitimada” pela referida Lei nº 2.029/1999, dificultara severamente o acesso da população à água, conforma consta descrito em relatório do *Observatorio de la Deuda en la Globalización* (2005, p. 1-2):

Las tarifas fueron ajustadas al curso del dólar estadounidense, lo cual representó una grave pérdida del poder adquisitivo para una población de por sí en condiciones de extrema pobreza. La gente, literalmente se vio en la situación de elegir entre comer y pagar la factura de agua. En el mismo sentido, los costos de instalación del sistema de agua corrieron a cuenta del usuario y podían elevarse a varios cientos de dólares contando el pago del medidor, el alcantarillado y la conexión de agua. [...] el acuerdo prohibía el uso de fuentes alternativas naturales en zonas donde estuviera disponible el suministro de agua por parte del concesionario. Existía y existe en la región un sistema de auto-organización por parte de los ciudadanos, bajo la forma de cooperativas, asociaciones, comités de agua, etc., sin afán de lucro. El contrato no comprendía medida alguna de indemnización para las inversiones realizadas por pequeñas asociaciones autónomas con el objetivo de solucionar su problema de acceso al agua. [...] De esa manera, “Aguas del Tunari” adquirió un carácter monopolístico, sobre las fuentes de usos comunitario y público, lo cual le permitió las intolerables alzas de tarifas mencionadas [...].³⁵

A população tentou resistir pacificamente à sua maneira, desobedecendo à semelhança do exemplo de Gandhi: ao passo que os indianos faziam o próprio sal da água do mar, tentando escapar à Lei do Sal britânica, os cochabambinos tentavam colher água das

³⁵ Tradução livre: “Todas as tarifas foram ajustadas para o curso do dólar dos EUA, o que representou uma grave perda de poder de compra para si uma população em extrema pobreza. As pessoas literalmente estava na posição de escolher entre comer e pagar a conta de água. Da mesma forma, os custos de instalação de água correu para o usuário e pode subir para contagem de várias centenas de dólares metros pagamento, esgoto e ligação de água. [...] O acordo proibido o uso de fontes alternativas naturais em áreas onde o abastecimento de água estava disponível a partir do dealer. Não existe na região e um sistema de auto-organização por parte dos cidadãos, na forma de cooperativas, associações, conselhos de água, etc., Sem fins lucrativos. O contrato não entendia alguma medida de compensação por investimentos realizados por pequenas associações autônomas, a fim de resolver o problema do acesso à água. [...] De maneira ESSA, “Aguas del Tunari” adquiriu uma natureza monopolista, sobre as fontes de comunidade e usos públicos, o que permitiu que ele intoleráveis aumentos das taxas acima”.

chuvas para beber, no entanto acabara isto por ser também proibido nos termos do próprio contrato.³⁶

Em tal contexto, a população necessitou de medidas mais enérgicas de mobilização e resistência, conforme consta no relatório do *Observatorio de la Deuda en la Globalización* (2005, p. 2):

En ese contexto de mercantilización de un recurso básico para la salud y la vida de la población, la respuesta popular no se hizo esperar. Iniciada por la Federación de Regantes, la movilización social reunió rápidamente a una amplia coalición. Sindicatos obreros, usuarios urbanos, estudiantes, asociaciones ambientalistas y sociales, intelectuales, confluieron en torno a la Coordinadora de Defensa del Agua y de la Vida. De enero a abril del año 2000, las protestas se multiplicaron: manifestaciones, huelgas generales, operaciones "ciudad muerta", bloqueos de calles y caminos, ocupación de la plaza principal de Cochabamba. No se escamotearon los medios para reclamar la salida del consorcio del país y el paso hacia una gestión colectiva.³⁷

O Governo, certamente patrocinado ou patrocinando os interesses do consórcio, reprimiu absurdamente as manifestações populares. Infelizmente, a opressão culminou na morte de seis pessoas, notadamente a de Víctor Hugo Daza, de apenas 17 anos, além de centenas de feridos pelas tropas militares. Os cidadãos, no entanto, resistiram e conseguiram a vitória popular no mês de abril de 2000 (PFRIMMER, 2008, p. 14).

Com efeito, tal ilustração intenta relativizar o critério pacifista que alguns doutrinadores atribuem historicamente à desobediência civil. É certo que o Estado de Direito não deve comportar a violência como meio de reclame de direitos, todavia há de se levar em conta que, em certas circunstâncias, a resistência pacífica não logra êxitos.

Por outro lado, ao tratar da questão penal, a aplicação dos conceitos de *legítima defesa* e *estado de necessidade* como justificadoras, ou exculpantes, das ações resistivas mais enérgicas mais tem que ver com a estipulação penal de condutas resistivas como crimes do que com o método político em si. Ora, já a previsão de um crime de resistência traz em si toda uma carga de ideologia pró-estatal, o que reduziria o debate à mera apreciação, pelo juiz criminal, dos limites da legítima defesa, do estado de necessidade. Mais sobre a questão penal

³⁶ No vídeo-documentário "*The Corporation*" ("A Corporação"), dirigido por Mark Achbar e Jennifer Abbot, vencedor de vários prêmios internacionais do cinema na categoria documentário, consta o depoimento de Oscar Oliveira, cidadão de Cochabamba que à época do conflito militou junto à *Coalición de Defensa del Agua y de la Vida*, respaldado por filmagens do conflito. Há uma versão *shareware* (de compartilhamento) desta película no portal do YouTube.com. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=Zx0f_8FKMrY>.

³⁷ Tradução livre: "Neste contexto de mercantilização de um recurso básico para a saúde e a vida da população, a resposta popular foi imediata. Iniciada pela Federação de Irrigantes, mobilização social reuniu uma ampla coalizão rapidamente. Trabalhadores Sindicatos, os usuários urbanos, estudantes, ambientalistas e associações sociais, intelectuais, convergiram em torno da Coalizão em Defesa da Água e da Vida. De janeiro a abril de 2000, os protestos multiplicaram: manifestações, greves gerais, as operações de "cidade morta", de rua e os bloqueios de estradas, ocupação da praça principal de Cochabamba. Mídia surrupiado para não reclamar o país a sair do consórcio e da transição para uma gestão coletiva".

envolvendo a resistência e desobediência, para as quais é prevista reprimenda enquanto delitos, é apresentado no tópico respectivo.

4.1.5 Os direitos de resistência e desobediência na ordem constitucional

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

No dizer de Norberto Bobbio (1992, p. 95), “juridicamente, o direito de resistência é um direito secundário, do mesmo modo como são normas secundárias as que servem para proteger as normas primárias”. No constitucionalismo pátrio, José Afonso da Silva, quando classifica os tipos de direitos fundamentais insculpidos na CF/1988, aduz ao caráter implícito da previsão constitucional do direito de resistência:

(1) *direitos individuais expressos*, aqueles explicitamente enunciados nos incisos do art. 5º; (2) *direitos individuais implícitos*, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art. 5º, II); (3) *direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais* subscritos pelo Brasil, aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem provir do regime adotado, como o *direito de resistência*, entre outros de difícil caracterização *a priori*. (SILVA, 2006, p. 194) (grifo nosso)

Assim, um direito de resistência constitucional implícita afirma-se na materialidade do já abordado princípio democrático, que deve ser entendido como um princípio constitucional por guardar um dos valores fundamentais da ordem jurídica, qual seja, a manutenção da democracia, ademais recebendo nova leitura no contexto em que a participação política recebe maior atenção.

Nesse sentido, revestidas de contornos jurídicos, como direitos, as práticas resistivas e desobedientes, a teoria força questionar quem seriam detentores de tais direitos, sob um debate que se não poderia limitar à abstrata atribuição de sua titularidade ao *povo*, à *nação*, à *sociedade civil*, conceitos que, conforme se demonstrou brevemente no presente estudo, são eivados de todo tipo de segundas intenções, além de uma definição imprecisa.

Assim há falar na ideia de se admitir a resistência ao ordenamento jurídico somente quando exercida por sujeitos sociais alheios às políticas estatais e ao próprio ordenamento, como defende Roberto Gargarella (2006, p. 189):

*Entiendo que hay muchísimo para pedirle al derecho y, en particular, a sus principales agentes. Por un lado, lo obvio: el dictado y la aplicación de normas que aseguren el respeto de los intereses fundamentales de las personas, así como también el no-dictado o la supresión de otras normas que hoy agravan directamente a ciertos sectores de la sociedad. En tal sentido hay razones de sobra para exigirle a legisladores y jueces que pongan inmediatamente en marcha los derechos sociales que la Constitución consagra (algo que hoy muchos se resisten a hacer), se es que quieren evitar a la vez la generación de resistencias justificadas frente al derecho. Del mismo modo, me parece que hay razones para pedirles a los jueces que nos reprochen penalmente a ciertos ciudadanos, en ciertos casos, o que, sobre todo, sepan tomar como causales de justificación o excusa de los actos de aquellos las privaciones severas que padecen, que se suman a las dificultades que encuentran para expresar sus quejas.*³⁸

Enrique Dussel, por sua vez, caracteriza esses sujeitos políticos, únicos legitimados a resistir, como vítimas históricas, sempre excluídas do ordenamento que pretendem embater:

Víctimas, porque no pueden vivir en el grado relativo a la evolución histórica de la humanidad; víctimas que de alguna manera se encuentran en asimetría en la participación, o simplemente han sido excluidas de la misma. En fin, el orden político manifiesta por sus víctimas – en cuanto no puede distribuir a todos los beneficios del orden vigente. Desde las víctimas, cuando el sufrimiento se hace inaceptable, intolerable, surgen movimientos sociales contestatarios en el campo político empírico (DUSSEL, 2006, p. 85).³⁹

³⁸ Tradução livre: Eu entendo que é pedir muito a direita e, em particular, os seus principais atores. Por um lado, o óbvio: a emissão e execução das regras para garantir o respeito aos interesses fundamentais das pessoas, bem como não- prêmio ou a remoção de outras regras hoje agravar diretamente a determinados setores da sociedade. Como tal não há qualquer razão para exigir legisladores e juízes para lançar imediatamente os direitos sociais consagrados na Constituição (que hoje muitos estão relutantes em fazer), você quer evitar é que ao gerar resistências justificados para a direita. Da mesma forma, eu acho que existem razões para pedir os juízes que nos reprovam criminalmente certos cidadãos, em certos casos, ou, especialmente, saber tomadas como causas de justificação ou defendem as ações daqueles que sofrem de privação grave, que contribuem para as dificuldades encontradas para expressar suas queixas.

³⁹ Tradução livre: “As vítimas, porque eles não podem viver no grau sobre a evolução histórica da humanidade; vítimas de alguma forma estão em assimetria na participação, ou foram simplesmente excluídos. Em suma, a ordem política que se manifesta por suas vítimas - como não pode distribuir a todos os benefícios da ordem existente. De vítimas quando o sofrimento se torna inaceitável, movimentos de protesto sociais intoleráveis surgir no campo político empírico”.

Tal debate retoma o critério coletivo-político como fator determinante da desobediência civil, diferindo das demais formas de resistência, notadamente da oposição particular ao governo (objeção de consciência). Resta concluir que, partindo do princípio democrático-participativo e a ele necessariamente retornando, a desobediência civil é um direito de caráter coletivo e político, por meio do qual a sociedade ou parcela dela legitima-se a combater qualquer postura injusta do governo.

4.1.6 A questão penal

O estudo dos direitos de resistência e desobediência deve encampar uma abordagem do contraste jurídico mais relevante sobre o tema, qual seja a validade da previsão de reprimendas criminais a delitos definidos como condutas resistivas em face da feição constitucional que a resistência política possui. Pelo fato de se constituírem, como metodologias legitimadoras da ação política, como práticas contrárias ao Estado, a desobediência civil e a resistência são por vezes abordadas como delitos, em vez de direitos.

Nesse sentido, entende Hannah Arendt (1999, p. 64) aduz que:

Uma vez que contestação e desprezo pela autoridade são sinais gerais do nosso tempo, é tentador ver a desobediência civil como um simples caso especial. Do ponto de vista dos juristas, a lei é violada tanto pelo contestador civil como pelo criminoso e é compreensível que as pessoas (especialmente os advogados) achem que a desobediência civil, precisamente por ser exercida em público, esteja na origem da gama criminal.

No mesmo sentido é o entendimento de Estevez Araújo, citado por Geovani Tavares, uma vez que “a Desobediência Civil não pode estar, nunca, legalmente justificada, por consistir em um ato de caráter ilegal: se algo está proibido pela lei, não pode, ao mesmo tempo, estar permitido”. (*apud* TAVARES, 2003, p. 48).

Ora, não há fundamento ideológico na previsão de um delito de desobediência ou resistência pelo Estado-repressor, quando visa tal conduta, apodada de *ilícito penal*, de *delito*, de *crime*, a, justamente, questionar a legitimidade do Estado que a criminaliza? Merece, sem dúvida, melhor reflexão tal ponto.

É numa leitura de Pachukanis que se percebe a política criminal como instrumento de combate a todo tipo de resistência ao Estado, que se arvora como justificativa de si mesmo, fim em si, em detrimento de qualquer um que se lhe oponha:

[...] a justiça penal já não é mais, para os detentores do poder, um simples meio de enriquecimento, mas um meio de repressão impiedosa e brutal, sobretudo dos camponeses que fugissem da intolerável exploração dos senhores e de seu Estado,

assim como dos vagabundos pauperizados, dos mendigos, etc. [...] As penas transformam-se em meios de extermínio físico e de terrorismo. (PACHUKANIS, 1989, p. 151)

E arremata:

[...] como as relações sociais não se limitam às relações jurídicas abstratas de proprietários abstratos de mercadorias, a justiça penal não é apenas uma encarnação da forma jurídica abstrata, mas, também, uma arma poderosa na luta de classes. Quanto mais esta luta se torna aguda e violenta, mais a dominação de classe tem dificuldades de se realizar no interior da forma jurídica. Neste caso, o tribunal ‘imparcial’ com suas garantias jurídicas é substituído por uma organização direta da violência de classe, cujas ações são geradas exclusivamente por considerações de oportunidade política (PACHUKANIS, 1989, p. 154).

Tal perspectiva aplicada à máquina jurídica repressiva do Estado, *i. e.*, o Direito Penal, corresponde ao *aparelhamento ideológico* do próprio Estado perpetrado pelas elites que se beneficiam de seu absentismo social. Sobre tal assunto, discorre magistralmente Poulantzas (1979, p. 33):

[...] a ideologia dominante invade os aparelhos do Estado, os quais igualmente têm por função elaborar, apregoar e reproduzir esta ideologia, fato que é importante na constituição e reprodução da divisão social do trabalho, das classes sociais e do domínio de classe. Esse é por excelência o papel de certos aparelhos oriundos da esfera do Estado, designados *aparelhos ideológicos de Estado*.

Nesse sentido, vale desconvir dos fundamentos jurídicos dos delitos atinentes a condutas resistivas/desobedientes, já se destacando dentre os crimes contra a administração pública os delitos de resistência – art. 329 – e de desobediência – art. 330, os quais consistem, em linhas gerais, a condutas comissivas ou omissivas de oposição a uma determinação legal, diferindo no que concerne à presença ou não de violência ou grave ameaça, como suscitado em secção anterior.

Com efeito, o art. 329 do CPB denota que:

Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:
Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos.
§ 1º Se o ato, em razão da resistência, não se executa:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.
§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

Já o art. 330 do Código Penal disciplina: “Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa”.

Não é de se espantar que, na defesa de uma certa ordem ou segurança, fundada nos moldes da lei e dirigida pelas mãos dos governantes, qualquer forma de resistência haveria de ser combatida, inclusive como crime, como é o caso dos artigos retro mencionados.

Ora, na própria Declaração de 1789 os franceses aduziam a uma ressalva punitiva contra quem resistisse a uma atuação *secundum legem* por parte dos executores:

Article VII

*Nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis; mais tout Citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant: il se rend coupable par la résistance.*⁴⁰ (grifei)

Há outras hipóteses em que se vislumbra uma *criminalização da resistência*. Por exemplo, o art. 205 do mesmo Código Repressivo Pátrio, ao tratar de delito contra a organização do trabalho, prevê o delito de quem desobedeça a decisão administrativa ao exercer a atividade, *in verbis*: “Art. 205. Exercer atividade, de que está impedido por decisão administrativa: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa”. E no art. 359, que comina a quem “exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial” uma pena de detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

É certo que certas “desobediências” se configuram como condutas realmente nocivas, cuja perpetração ocasiona prejuízos não simplesmente morais, políticos ou econômicos – como não pagar um tributo, por exemplo –, mas, sim, afetam bens jurídicos mais relevantes, como a saúde e a incolumidade pública, pelo que prevê o art. 282 do Código Penal:

Art. 282. Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.
Parágrafo único. Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Outro ponto questionável encontra-se no delito de prevaricação – art. 319: “Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa”. Tal delito, albergado pela classificação de *crime de mão própria*, ou seja, aquele cujo sujeito ativo é pessoa específica, *in caso*, um funcionário público, tem como sujeito passivo principal o próprio Estado, que sofreria a conduta delituosa.

⁴⁰ Tradução livre: “Artigo VII - Nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas prescritas. Os que solicitam, expedição, executar ou provocar ordens arbitrárias devem ser punidos; **mas qualquer cidadão convocado ou apreendido nos termos da Lei deve obedecer imediatamente: ele torna-se culpado pela resistência**”.

Ora, em se tratando de um mandado de despejo, situação demasiado recorrente em face da crise habitacional brasileira, o oficial de justiça ou outra autoridade que se recusasse a despejar uma família – ou centenas delas, como se tem presenciado –, por sentir-se incomodado moral ou espiritualmente com aquilo, estaria claramente cometendo crime de prevaricação. Seria o Estado, sujeito passivo que apresenta a doutrina para o delito em questão, “sofreria” enquanto vítima pela desobediência criminosa do funcionário... A crítica a tal silogismo é latente.

O fato é que a questão jurídica penal envolvendo a resistência e a desobediência descamba sempre para o campo político, e na contramarcha do que se entende por uma política penitenciária. O *elemento político* dos delitos associados às manifestações e abstenções civis consiste na vontade estatal, ou melhor, governamental de conferir maior reproche a tais condutas que a outras – ora, o Estado não é só vitimado, é também questionado, criticado, tensionado, abnegado...

Nesse sentido, Howard Zinn, ao discorrer sobre a desobediência civil, ressalta quão atroz é a disparidade entre as reprimendas que o Estado confere a delitos abomináveis como a corrupção e o próprio homicídio e a perseguição penal dos delitos de desobediência e resistência:

I start from the supposition that we don't have to say too much about this because all we have to do is think about the state of the world today and realize that things are all upside down. Daniel Berrigan is in jail-a Catholic priest, a poet who opposes the war-and J. Edgar Hoover is free, you see. David Dellinger, who has opposed war ever since he was this high and who has used all of his energy and passion against it, is in danger of going to jail. The men who are responsible for the My Lai massacre are not on trial; they are in Washington serving various functions, primary and subordinate, that have to do with the unleashing of massacres, which surprise them when they occur. At Kent State University four students were killed by the National Guard and students were indicted. In every city in this country, when demonstrations take place, the protestors, whether they have demonstrated or not, whatever they have done, are assaulted and clubbed by police, and then they are arrested for assaulting a police officer (ZINN, 2009, p. 483).⁴¹

No exemplo brasileiro, o destempero legislativo chega ao cúmulo do Projeto de Lei do Senado nº 728 de 2011, de iniciativa dos Senadores Marcelo Crivella, Ana Amélia e

⁴¹ Tradução livre: “Parto da hipótese de que não temos de dizer muito sobre isso, porque tudo o que temos a fazer é pensar sobre o estado do mundo hoje e perceber que as coisas estão todos de cabeça para baixo. Daniel Berregam está na cadeia, um padre católico, um poeta que se opõe à guerra e J. Edgar Hoover é livre, você vê. David Dellinger, que se opõe a guerra desde que ele era tão alto e que usou toda a sua energia e paixão de encontro a ele, corre o risco de ir para a cadeia. Os homens que são responsáveis pelo massacre de My Lai não estão em julgamento; eles estão em Washington servir várias funções, primárias e subordinados, que têm a ver com o desencadeamento de massacres, que os surpreendem quando ocorrem. Na Universidade Estadual de Kent quatro estudantes foram mortos pela Guarda Nacional e os estudantes foram indiciados. Em cada cidade deste país, quando as manifestações ocorrem, os manifestantes, se eles têm demonstrado ou não, o que eles têm feito, são agredidos e espancados pela polícia e, em seguida, eles são presos por agredir um policial”.

Walter Pinheiro, que pretende definir crimes e infrações administrativas com vistas a incrementar a segurança da Copa das Confederações FIFA de 2013 e da Copa do Mundo de Futebol de 2014, além de prever o incidente de celeridade processual e medidas cautelares específicas, bem como disciplinar o direito de greve no período que antecede e durante a realização dos eventos, entre outras providências.

Ora, pretende tal projeto limitar os meios de atuação política das camadas sociais e dos trabalhadores justamente em que a injustiças inerentes às suas condições de vida, trabalho, cidadania etc., são retomadas como pautas políticas diante dos absurdos orçamentários perpetrados para a realização do megaevento, o qual consiste ironicamente no objeto a ser protegido, em detrimento dos cidadãos, sobre os argumentos esfalfados da manutenção da ordem e da paz social.

4.2 Resistência fiscal

A ideia até agora alcançada de resistência, com um direito fundamental que lhe alberga e como prática política organizada de oposição ao Estado, ente de maior poder na sociedade, tantas vezes contra esta, foi intencionalmente atrelada, especialmente no trato da desobediência civil, às questões fiscais. Os exemplos clássicos abordados da história brasileira e mundial mostraram sempre uma perspectiva abusiva por parte do Fisco, beirando mesmo a absurdos, o que ensejou toda sorte de reivindicações, manifestações, insurreições, revoltas e revoluções.

Ocorre que, na atualidade, a resistência possui nuances outras por conta das dimensões a que chegou a atividade tributária enquanto o Estado persiste como regulador desesperado da economia de mercado, que dele se afasta nos momentos de ebulição financeira, mas a ele sempre retorna quando tais bolhas explodem – assim o foi desde na Crise das Tulipas, na Grande Depressão, na crise dos “créditos sujos” de 2008... Assim, nas ideias liberais o Estado é sempre demonizado – ou “devilizado”, valendo aqui o anglicismo.

O fato é que, desde seu surgimento, as teorias liberais abominavam o Estado, personificado então na figura do monarca, como óbice ao desenvolvimento da burguesia, sobre o que diz Paulo Bonavides (1988, p. 2):

Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade. Foi assim que o trataram os primeiros doutrinários do liberalismo, ao acentuarem deliberadamente esta antinomia.

Desta “sorte”, com a apropriação do discurso das resistências civis por parte liberalismo – e mais recentemente pelos devaneios do neoliberalismo e do libertarianismo –, o critério político e social que tendeu sempre a legitimar a oposição aos governos e governantes dá lugar ao critério patrimonialista, econômico. Assim, rasgado que fora o “véu político” do direito de resistência e de desobediência na seara fiscal, inúmeras são as situações que se podem enquadrar como resistivas – ou desobedientes.

É aí que têm destaque a elisão e evasão fiscais e os crimes contra a ordem tributária – sonegação, simulação, falsidade de informações, práticas das quais se pretende desvencilhar conceitualmente a ideia de *desobediência tributária*, enquanto exercício político de um direito de não pagar tributo injusto. Nessa senda, cumpre acrescentar ao debate os aspectos mais relevantes das várias matizes da resistência dos contribuintes aos tributos.

4.2.1 Meios de resistência individuais e transindividuais

Os famigerados *crimes contra a ordem tributária*, atualmente tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, consistem no tratamento criminal conferido pelo Estado-fiscal às condutas que considera mais lesivas dentre as práticas resistivas. Tal critério, de maior lesividade, vai ao encontro do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, considerado como *ultima ratio* do Direito, haja vista configurar-se o chamado *Direito Penal-Tributário* como um ramo daquele.

Nesse sentido, discorre Manoel Pedro Pimentel (1987, p. 260) que o Direito Penal Tributário corresponde a “[...] um ramo autônomo do Direito Penal comum, sujeito, porém, às mesmas regras e princípios vigorantes naquele”, tendo por fim “proteger a política tributária do Estado, definindo tipos de ilícitos e cominando-lhes sanção própria do Direito Penal”.

À mesma maneira, Zelmo Denari e Paulo da Costa Júnior (2000, p. 8) aduzem que:
Zelmo Denari que:

[...] referimo-nos ao Direito Penal Tributário como o conjunto de normas que regulam os delitos tributários e as respectivas sanções, sendo certo que o adjetivo ‘tributário’ pretende somente significar que as normas penais – que se alojam no núcleo da disciplina matriz – colocam sob sua tutela a matéria tributária.

Assim, a conduta que pretende o Estado reprovar na condição de crime contra a ordem tributária é qualificada como *infração tributária*, da vala comum das transgressões à lei, entendida como:

[...] violação das normas jurídicas que disciplinam o tributo, seu fato gerador, suas alíquotas ou base de cálculo, bem como no descumprimento dos deveres administrativos do contribuinte para o Fisco, tendentes ao recolhimento do tributo, aludindo-se, numa e noutra hipótese, às infrações tributárias materiais e formais (DENARI; COSTA JÚNIOR; 2000, p. 21).

Por outro lado, vale distinguir dentre as infrações tributárias aquelas atinentes exclusivamente à relação administrativa entre Fisco e contribuinte e as condutas propriamente consideradas como crimes tributários. Assim, na lição de Hugo de Brito Machado (1995, p. 42), os chamados *ilícitos administrativos tributários* corespondem a “comportamento que implica inobservância da norma tributária”, “inadimplemento de obrigação tributária, seja principal, ou acessória”. Nesse contexto, o simples ato de um lojista se negar a entregar um documento da escrituração contábil a um auditor fiscal, investido e vestido de autoridade, em clara prática resistiva, já se configuraria como uma infração tributária.

Já o *ilícito penal tributário* corresponde, na lição de Andreas Eisele (2001, p. 21), a “[...] crime ou contravenção penal, consistente na prática de uma conduta penalmente tipificada pelo Direito Penal Tributário, que resultará, em tese, na aplicação de uma sanção com finalidade retributiva/preventiva, de caráter pessoal”.

Assim, durante muito tempo a *sonegação* ou o *crime de sonegação* foi considerada a infração penal-tributária por excelência, exigindo o reproche estatal, na forma da Lei nº 4.729, de 14 de julho 1965, conhecida como “Lei da Sonegação Fiscal”. Já com a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, as condutas até então consideradas como crimes de sonegação recebem o *nomen iuris* de “crimes contra a ordem tributária”.

Nesse sentido, vale colacionar a ressalva, quanto aos momentos de crise em que se fundaram tais leis, bem exposta por Juary Silva (1998, p. 8):

Significativamente que o embrião legislativo do Direito Penal Tributário tenha surgido no Brasil em dois períodos de exceção: com a Lei 4729/65, sob o guante do AI-1, que se superpunha à Constituição [...]; com a Lei 8137/90, quando, a despeito da aparente vigência do Estado de Direito, o país atravessava séria crise institucional, máxime nos campos econômico e psicossocial, após o desastroso plano econômico editado em março de 1990, que implicou, de fato, em estabelecer a lei marcial no domínio econômico, sem abolir a Constituição.

Tomando por base tudo o que aqui abordado acerca das leis e da legitimidade do poder, é demasiado preocupante o fato de que o trato penal de boa parte das condutas resistivas – consideradas como crimes – ter-se originado em momentos tão delicados. Como já anteriormente alegado, a esfera jurídica criminal é a mais potente dos aparelhos ideológicos do Estado, devendo-se avaliar certo anacronismo na previsão de tais ilícitos penais tributários.

Por outro lado, vale destacar que, na consideração da *ultima ratio* pela que se deve dedicar o Direito Penal Tributário a tais questões, há o argumento de que o bem juridicamente protegido corresponda à ordem tributária – ou seja, uma ordem jurídica estabelecida na própria constituição, como elemento substancial da organização do Estado brasileiro –, o que robustece o argumento a favor da punição. Nesse sentido:

Realmente, nos crimes contra a ordem tributária, como esta expressão bem o diz, o bem jurídico protegido é a ordem tributária e não o interesse na arrecadação do tributo. A ordem tributária, como bem jurídico protegido pela norma que criminaliza o ilícito tributário, não se confunde com o interesse da Fazenda Pública. A ordem tributária é o conjunto das normas jurídicas concernentes à tributação. É uma ordem jurídica, portanto, e não um contexto de arbítrio. É um conjunto de normas que constituem limites ao poder de tributar e, assim, não pode ser considerado instrumento do interesse exclusivo da Fazenda Pública como parte nas relações de tributação (MACHADO, 2008, p. 23).

Em se tratando da *elisão fiscal*, conforme a própria etimologia dos termos aduz, consiste ela em uma tentativa de elidir, eliminar ou suprimir uma prestação fiscal, ao se retardar, reduzir ou evitar o pagamento de um tributo, por meio de um *planejamento tributário*. No dizer de Edmar Andrade Filho (2009, p. 9), consiste tal prática em uma “atividade lícita de busca e identificação de alternativas que, observados os marcos da ordem jurídica, levem a uma menor carga tributária”.

Com efeito, é justamente a licitude tais práticas que as diferem da mera *evasão fiscal*, a qual consiste em qualquer ato que frustre a satisfação do tributo devido, por meio de procedimentos expressamente vedados pelo ordenamento jurídico, intentando sempre evitar, diminuir ou retardar o pagamento de tributos devidos, uma vez já consubstanciado o respectivo fato gerador. Nesse sentido, discorre José Soares de Melo (1998, p. 72):

Por conseguinte, o marco inicial para a análise da elisão e da evasão fiscal traduz-se em um efetivo comportamento tendente a eliminar, minorar ou retardar a obrigação tributária.

[...]

Além de sua natureza lícita, a elisão se delinea de conformidade com o momento da ação do contribuinte, não sendo cabível sua configuração após já estar positivada a obrigação tributária. Enquanto não estiver instaurada tal obrigação, ainda tem lugar a figura elisiva em virtude de penetrar na própria formação do ato privado e concomitante interferência nos seus efeitos tributário.

[...]

Em pólo oposto à elisão situa-se a evasão fiscal, que pode ser compreendida como toda ação (ou omissão), de natureza ilícita, minorando ou eliminando a obrigação tributária.

Nesse sentido, figurando como verdadeiro “pulo do gato” da advocacia tributária e da contabilidade junto às empresas, há quem defenda a elisão fiscal como direito fundamental, como exercício regular e legítimo de um *direito público subjetivo*, de o

contribuinte optar dentre a infinidade de hipóteses de incidência tributária por aquela que seja mais interessante, com o fito de amenizar, diminuir ou extinguir a pretensão tributária do Estado. *Exempli gratia*, em podendo um importador escolher entre o desembaraço e a venda de um produto em um ente federativo ou outro, caberia somente a ele optar pelo menos oneroso, obviamente.

Ora, se é o contribuinte quem pratica o fato gerador, o próprio direito geral de liberdade (art. 5º, II) lhe garante a possibilidade de perpetrá-lo ou não, segundo o seu interesse. É nesse aspecto, no entanto, que se faz perceber a hostilidade por parte do Estado. Tomando por base que o próprio direito à liberdade se restringe ao aparato legislativo – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – o fisco fundamenta-se nas famigeradas *normas antielisivas* para desestimular as práticas elisivas.

Tais *cláusulas gerais antielisão* conferem, de fato, à administração poderes para qualificar situações jurídicas sem parâmetros previamente estabelecidos, ainda que sem os proibir. A doutrina, assim, insurge-se contra a abstração de tais normas, que malfeririam de todo o relevante princípio da reserva legal, sendo elas, portanto, eivadas de inconstitucionalidade. No dizer de Alberto Xavier (2001, p. 91):

O que as chamadas cláusulas gerais antielisão pretendem é o seguinte: se o ato jurídico extratípico (escolhido) produz efeitos jurídicos-econômicos equivalentes aos do ato típico (preterido ou não realizado) e se a escolha foi motivada pelo fim (exclusivo ou preponderante) de subtrair o ato jurídico extratípico ao âmbito de aplicação da norma tributária que prevê o ato típico, é permitido ao órgão de aplicação do Direito considerar esse ato relativamente eficaz oponível, de modo a poder aplicar por analogia a norma tributária ao ato extratípico de efeito econômico equivalente.

É tal questionamento da validade das normas antielisivas em face dos ditames constitucionais, especialmente o direito geral de liberdade e o princípio da legalidade tributária, o ponto crucial dos debates envolvendo a elisão fiscal, que é ainda defendida como um direito fundamental particular.

4.2.2 A desobediência tributária

Abóbada conceitual de todos os erguimentos teóricos que pretendeu realizar a presente pesquisa, a despeito de suas limitações, a ideia de uma *desobediência tributária*, diferida das demais formas de resistência fiscal, como os exemplos abordados supra, há de ser

construída, opiniosamente, em cima dos argumentos jurídicos e políticos até aqui apresentados, no sentido da existência também de um *direito de não pagar tributo injusto*.

Assim, tais conceitos são estremados das demais práticas resistivas na seara fiscal por comportarem dois elementos fundamentais, quais sejam (a) *o caráter político-jurídico da desobediência tributária*, como meio legítimo, este um conceito político, de opor-se a uma legislação ou política fiscal considerada *injusta*, no sentido de que ofenda direito ou garantia do cidadão contribuinte, não sendo, portanto, ilegal, posto que encimada em princípios e normas fundamentais, discernida, assim, dos crimes tributários; e (b) *o aspecto coletivo*, uma vez que a pauta política de resistência a um tributo injusto se socializa e solidariza no fato de serem afetados vários cidadãos ao mesmo tempo, os quais, por meio de uma organização e mobilização social, opõem-se enquanto coletividade, distanciando-se da perspectiva da individual da elisão fiscal.

Ora, é o sentimento – ou sofrimento – coletivo que confere legitimidade à manifestação, posto que difundida por toda a sociedade ou por uma parcela significativa desta, ainda que minoritária. É nesse momento que a resistência é vislumbrada como meio legítimo de oposição, como bem assentava o próprio Locke (1998, p. 145): “Até que o malefício e as más intenções dos governantes se tornem patentes a todos ou que a maioria perceba suas tentativas, o povo, que no geral está mais disposto a sofrer do que ir à forra, não será capaz de se mexer”.

Importa aqui o resgate dos critérios definidores da desobediência civil, que se desdobram também como elementos constitutivos da desobediência tributária enquanto prática política, notadamente os requisitos de coletividade e politização. Possui um aspecto coletivo porque, pela própria *universalidade* que a atividade tributária deve atingir, tributando tudo e a todos, impacto econômico das exações é sentido em toda a sociedade, ou mais sensivelmente em parcelas dela. É politizada porque encimada nos princípios da cidadania e da democracia-participativa, como fundamentos de uma prática legitimadora, de retorno político.

Releva notar, todavia, que a doutrina em Direito Tributário dedicara-se muito pouco ou quase nada à análise deste aspecto da resistência fiscal, qual o modelo político-social da desobediência tributária, estando sempre adstrita aos lugares-comuns das evasões e

crimes fiscais ou à perspectiva individual-empresarial da elisão fiscal, do planejamento tributário e das normas antielisivas.⁴²

Na literatura estrangeira, é mais comum que a ideia de *tax resistance* ou *tax disobedience* adeque-se mais programas neoliberais, mais pautadas na evasão fiscal que ligadas a um caráter coletivo e social. A expressão “desobediência tributária” é muito pouco levantada como bandeira política de resistência, tendo encontrado a presente pesquisa exemplos esparsos na Venezuela, quando de uma ameaça de não recolhimento do imposto sobre a renda venezuelano por parte das elites que se opunham a Hugo Chávez⁴³, e na Catalunha, em oposição à Coroa Espanhola.⁴⁴ À mesma maneira, data de 2005 um pronunciamento da Ordem dos Advogados do Brasil em que se alerta para uma “desobediência civil contra tributos”.⁴⁵

Com efeito, apesar de tal lacuna doutrinária, é possível encontrar dentre os autores ideias similares às nossas. Por exemplo, em seu artigo intitulado *O direito de não pagar tributo injusto – uma nova forma de resistência fiscal*, Maria Teresa de Carcomo Lobo (2007, p. 179) já assevera que:

Talvez em nenhuma outra área da ciência jurídica como no direito tributária se entremochem com mais intensidade dever e direito, direito legal e direito justo, sociedade e Estado, Estado e governo, se agudize mais profundamente o que Keynes denominava o problema político da humanidade, consistente em combinar três coisas: eficiência econômica, justiça social e liberdade individual.

Assevera a autora, no mesmo sentido das abordagens realizadas por nós, que “o tributo desempenhou um papel de extrema relevância como instrumento ao serviço das forças dominantes, poderoso fator de coerção social e manifestação por excelência do direcionismo econômico” (LOBO, 2007, p. 179). É nesse contexto em que se depara como o peso da tributação sobre a sociedade, “por força de uma máquina estatal perdulária, caracterizada por uma má gestão, amiúde corroída pela corrupção” (LOBO, 2007, p. 190).

⁴² Ao se pesquisar a expressão “desobediência tributária” no portal de pesquisas *Google*, desta maneira, entre aspas, apenas retornou apenas 829 resultados. Fazendo-se o mesmo para a expressão “desobediência civil”, também entre aspas, são obtidos 198 mil resultados. “Resistência Fiscal”, apenas 3 mil e poucos resultados... Tal expediente denota quão impubescente ainda é a pesquisa sobre a resistência fiscal e a desobediência tributária.

⁴³ CHÁVEZ ameaça punir oposição por pregar evasão fiscal. BBC Brasil. 07 de janeiro, 2003 - Publicado às 21h10 GMT. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2003/030107_venezuelarg.shtml>. Acesso em 10. mai. 2014.

⁴⁴ Tax Disobedience against the Spanish Government. Help Catalonia. Wednesday, January 25, 2012, Disponível em: <<http://www.helpcatalonia.cat/2012/01/2012-tax-disobedience-against-spanish.html>>. Acesso em: 10. Mai. 2014.

⁴⁵ OAB alerta para risco de desobediência civil contra tributos. OAB. Terça-feira, 25 de janeiro de 2005 às 13h24. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/3578/oab-alerta-para-risco-de-desobediencia-civil-contra-tributos>>. Acesso em 10 mai. 2014.

Aproxima-se o discurso da Professora Maria Teresa Lobo aos argumentos de falibilidade do Estado em geral, também sentidos no Estado-fisco, sob uma *crise de legitimidade*, que também afeta os argumentos da chamada teoria impositiva do tributo:

O que está em causa é a realização de um verdadeira justiça social em que cada contribui como o que pode e recebe o que precisa, em termos de troca dentro das possibilidades e necessidades de cada indivíduo e da comunidade, não se devendo esquecer que a capacidade contributiva deve ser escorada, também, num princípio de solidariedade social dos que podem aos que precisam.

[...]

Há que se passar de um opressivo instrumento de domínio para um instrumento de verdadeira justiça social, na precisa medida dos ditames constitucionais, vez que a Constituição é mais importante fonte de direito tributário (LOBO, 2007, p.182).

Nesse sentido, “o Estado Fiscal deve, pois, ceder lugar ao Estado de Justiça Fiscal” (LOBO, 2007, p. 182), à semelhança do que ocorrera com o Estado liberal meramente representativo, que dera lugar ao Estado social da democracia participativa, uma vez que “a liberdade fiscal no Estado de Direito deve expressar a vontade dos cidadãos autocontribuintes através de seus representantes” (LOBO, 2007, p. 183), ou melhor, por meio do exercício legítimo da democracia, num contexto de participação, em que a sociedade organizada consegue, sim, defender seus direitos, uma vez que “esta representação deixa de responder às reais finalidades do tributo”.

Como bem aduz a Maria Lobo (2007, p 183), “há que se recorrer a outra modalidade de expressão da vontade popular através da democracia direta”, tendo em vista que “certos tributos, seja na sua instituição tributária, seja na sua quantificação desmedida, devem poder estar sujeitos à consulta da população”, aqui não entendida na perspectiva meramente pebliscitária da democracia semidireta, mas, sim, considerada no contexto da democracia participativa:

O novo conceito de democracia participativa, utilizando a moderna tecnologia da informação e comunicação, tem permitido à sociedade civil manifestar-se e participar ativamente nos debates políticos, tanto locais como globais, convertendo-se numa referência fundamental e um pilar básico que altera o poder político e gera um novo equilíbrio na ordem mundial (LOBO, 2007, p. 188).

Com efeito, alude a autora a um “direito à resistência pela via da democracia direta, porquanto fora dos estritos limites da legalidade constitucional o tributo transforma-se em opressão, que pode beirar o ‘roubo’ através do confisco” (LOBO, 2007, p. 183):

A sociedade civil deve reagir através das manifestações de uma democracia direta, sempre que a representação parlamentar não se mostre à altura das suas responsabilidades, se esteja vivendo num contexto de dilapidação do patrimônio público como acontece nos casos de corrupção ou a morosidade do Poder Judiciário se traduza numa intolerável violação dos direitos do cidadão.

Tema desdenhado pelo presente estudo, à procura da síntese, consiste também das dificuldades de se questionar judicialmente uma demanda coletiva tributária, num contexto em que são muitos os óbices às demandas de uma *ação civil pública* em matéria tributária, um *mandado de segurança coletivo* em matéria tributária, uma *ação popular* em matéria tributária, à mesma maneira em que o rol taxativo de legitimados para propor uma *ação direta de inconstitucionalidade*, a qual também pode compulsar matéria fiscal, exclui a sociedade civil como controladora da constitucionalidade das leis, assuntos a serem abordados em outra oportunidade.

Com efeito, salienta a autora que:

Há que contrapor a democracia representativa, que não se tem mostrado às alturas das suas responsabilidades na defesa dos seus representados, a democracia direta, no contexto de um moderno sistema de governança [...] um conjunto de modalidades que regem a participação da sociedade civil nos processos de decisão fundamentais para a vida de um país (LOBO, 2007, p. 188).

Tais ideias, avizinhas das nossas, apontam não somente para uma abertura política à participação popular na gestão pública da tributação e do orçamento, realidade inclusiva já institucionalizada, ao menos no âmbito municipal, quando há falar em *gestão democrática da cidade*. Apontam também para a existência de um “direito de resistência no pagamento de certos tributos por iníquos e ofensivos dos princípios constitucionais, através dos mecanismos próprios da democracia direta, no contexto”, assevera a autora, “da moderna teoria da governança” (LOBO, 2007, p. 189).

E arremata, citando Johannes Messner, na sua obra *Ética social*:

Numa época em que a intervenção do Estado se vai tornando cada vez mais exorbitante, a equiparação da justiça social à legal pode trazer consigo conseqüências perniciosas, induzindo a falsas concepções no que diz respeito à missão do Estado no domínio social: pode levar a supor, por exemplo, que a justiça social é, acima de tudo, uma função do Estado, que na realidade é, sobretudo, uma tarefa dos grupos que participam no processo econômico-social (da “sociedade”, não do Estado) (*apud* LOBO, 2007, p. 189).

Tais conceitos retomam inteiramente os debates que iniciaram o presente estudo, contrastando os conceitos e valores, políticos, sociais e jurídicos, de *sociedade*, *Estado*, *direito*, *controle social*, *legalidade* e *legitimidade*. Assim, antevemos, ainda que necessitando de maior respaldo científico, não em qualidade de argumentos, mais em quantidade de argumentantes, *um direito de não pagar tributo injusto*, a ser efetivado pela sociedade enquanto coletivo, no exercício da *desobediência tributária*.

Por outro lado, a ideia de *consciência fiscal*, abordada pela doutrina, já aponta para uma dimensão organizativa-coletiva dos contribuintes (conscientes dos fenômenos

tributários), que lhe conferiria maior legitimidade e efetividade na reivindicação de alterações na política tributária. Sem tal consciência, não se poderia vislumbrar a desobediência tributária como meio de defesa. Nesse sentido, Aliomar Baleeiro (1955, p. 239-240) já asseverava:

Mas, ainda assim, é manifesta a insensibilidade fiscal: muita gente pensa que não paga impostos e muita gente nada pensa a respeito deles. Daí resulta a indiferença da maior parte em relação aos mais importantes problemas públicos, malogrando-se o regime democrático pela falta de adesão ativa e efetiva de todos os cidadãos. Ora, na realidade, nem os mendigos escapam ao Fisco. Quando aplicam em compras as esmolas recebidas, suportam, pelo menos, o imposto de consumo e o de vendas, dissimulados no preço das mercadorias.

No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado aponta para a ideia de que a *transparência tributária* implicaria no alerta da população quanto às injustiças fiscais a que está submetida, sobretudo no que concerne à gama de impostos imbutidos nos preços de bens e serviços, como já abordado anteriormente, mas que ainda não provocam toda uma reação política dos contribuintes, (in)justamente pelo fato de estes desconhecerem tal realidade:

Não é fácil determinar com exatidão o valor total dos tributos que em geral oneram as atividades de produção e comercialização de bens e de prestação de serviços, porque nosso sistema tributário é extremamente complexo. Nada impede, porém, que lei estabeleça critérios para a determinação aproximada desse valor. E estabeleça que na publicação de preço de qualquer mercadoria ou serviço seja indicado o valor dos tributos nele contido. Desta forma, conhecendo o valor dos tributos que pagam ao comprar qualquer mercadoria ou utilizar qualquer serviço, **os consumidores em geral passarão a opor resistência sempre que os governantes pretenderem criar ou aumentar tributos** (MACHADO, 2012, p. 285). (*negritei*)

A lei que se referia o mestre aduzia, justamente, ao disposto no § 5º do artigo 150 da Constituição Federal, a qual inclusive já consta integrando o Ordenamento Jurídico brasileiro, qual seja a Lei nº 12.741, de 8 de dezembro de 2012, em vigor desde junho de 2013. Entrementes, tramita no Congresso Nacional, atualmente aguardando deliberação na Comissão de Finanças e Tributação (CFT), o Projeto de Lei nº 2557/2011, com vistas à instituição de um Código de Defesa do Contribuinte.

De todo o exposto, há de concluir que inexistente ainda um meio de defesa efetivo para os contribuintes enquanto coletividade – no cenário em que a defesa do particular é também dificultosa e dificultada pelo Estado, especialmente no âmbito administrativo. Assim, deve-se retomar a ideia de desobediência tributária como instrumento político de superação das injustiças fiscais, instrumento este que é respaldado pela gama de direitos e garantias fundamentais já previstos para os contribuintes e, antes disso, para os cidadãos.

Os meios pelos quais se poderia exercer tal desobediência tributária, à semelhança do que a história mostrou como conquistas efetivas da desobediência civil, consistiriam na

provocação do Estado por uma amenização da carga tributária, isto em todas as suas esferas de poder. Com bem aduz Nelson Nery Costa (1990, p. 61):

O ato desobediente é coletivo, mas pode ser cometido isoladamente em certas circunstâncias: de caráter público, levantando reivindicações de conteúdo político, que podem ter razões sociais, morais ou religiosas, mas sempre depois de esgotados os meios legais de pleitos; de comportamento não-violento, apesar de não descartar totalmente a utilização da força, devendo os desobedientes submeterem-se pacificamente às sanções previstas para seus comportamentos ilícitos. **A ação procura, desse modo, obter publicidade favorável junto à opinião pública para efetivar reivindicações que provoquem mudanças efetivas nas leis, nas práticas governamentais ou nas decisões judiciais, contribuindo para ampliar o conteúdo da cidadania.**

Nossa postura, tanto ideológica quanto científica, conforme se pretendeu demonstrar na evolução das discussões, aponta não para uma necessidade de esgotamento das vias legais de reclamação, pelo que discordamos, *concessa maxima venia*, de tal assertiva de Nelson Nery Costa. Ora, diante da morosidade do Poder Judiciário e de seu inegável perfil pró-Fisco, a juridicização dos conflitos sociais tributários relegaria sua solução à eternidade. À mesma maneira, as sanções que se aplicariam aos contribuintes desobedientes não deveriam ter fundamento, posto que ilegítima foi não a atitude da coletividade, mas, sim, cobrança de um tributo injusto, inconstitucional.

Por exposto, ainda que carecendo de maturidade científica, a desobediência tributária aproxima-se mais do exercício da cidadania fiscal, permeada completamente pelo princípio democrático e pela dignidade da pessoa humana, que dos meios institucionais de defesa, especialmente pelos vícios que tais instrumentos administrativos, judiciais e “políticos” sempre apresentaram e ainda apresentam. O direito de não pagar um tributo injusto deve ser reconhecido na mobilização de uma coletividade, esta que foi atingida por aquele. Tal conduta, coletiva, pública e política, há de influenciar sobremaneira a postura dos legisladores, dos governantes e dos órgãos julgadores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa intentou, com base numa leitura diversificada dentre os estudos sociais que se dedicam ao conflito entre a sociedade e o governo, especialmente nas linhas da Ciência Política, da Teoria Geral do Estado, da Sociologia e do Direito, recorrentemente fazendo uso de referências história, erigir um tese de existência de um *direito de não pagar tributo injusto*, no âmbito da desobediência tributária e da resistência fiscal.

Como premissas dessa conjectura, constaram acertadamente a dignidade humana, a soberania popular, o Estado de Direito, os direitos sociais fundamentais, o princípio democrático-participativo, a legalidade, a legitimidade, enquanto valor político, e não jurídico, além da valoração constitucional que tradicionalmente se conferiu aos direitos de resistência e de desobediência civil.

Ora, a dignidade humana encerra a cada homem e mulher o direito insofismável de uma vida digna, a qual é inconcebível sem que se lhe respeitem um *primo vivere*, seus meios de existência, não numa perspectiva minimalista, mas pautada no liame vital que tem com seu patrimônio o cidadão, notadamente aquele mais pauperizado, o qual geralmente não possui muitos conhecimentos técnicos jurídicos que o permitam proteger-se da tributação estatal ao nível de como o fazem as grandes empresas e consórcios econômicos.

Nesse sentido, o Estado de Direito deve retomar sua proposta social, devendo o Fisco observar o impacto que a tributação acarreta na sociedade, quer politicamente, quer economicamente, ao mesmo tempo em que realize seus objetivos de bem-estar, desenvolvimento, redução das desigualdades e erradicação da pobreza.

Os direitos sociais, o quais ainda distam bastante de uma efetivação por completo, devem também ser considerados quando da instituição de tributos, ou na sua destituição, pela função social que estes devem cumprir. Já o princípio democrático-participativo confere ao povo, enquanto seio organizado, que partilhe dos mesmos problemas e vislumbre as soluções avizinhas, o poder de determinar os ramos da política, aí incluída a política tributária.

A legalidade deve ser retomada como um princípio em favor da população, que encerre, de fato, uma limitação ao poder estatal, ao invés de absurdamente consentir toda e qualquer política pública sob o pretexto de estar consignada em lei, esta, enquanto fonte precípua das normas jurídicas, deve advir de um poder político que autorize não simplesmente por estar instituído, mas em razão de os governados acreditarem nesta instituição. É então que se retoma a pauta da repolitização da legitimidade, sendo legítimo o poder que atue, realmente, em benefício da população.

Idealiza-se, assim, um *direito de não pagar tributo injusto*, de desobedecer coletivamente à lei tributária injusta, que malfira qualquer dos direitos dos cidadãos contribuintes, numa perspectiva plural a qual confira volume, valor e validade maiores à reivindicação social por uma justiça tributária, pauta em tudo superior à mera reclamação individual, realizada por um particular, às objeções de consciência, às sonegações, em suma diferida das outras formas de resistência fiscal no sentido de que, por ser legítima, não é de todo ilegal, e por ser coletiva, não é casual.

Abandonando tal loquacidade panfletária, resta concluir que a proposição à qual pretendeu este trabalho dar fundamentos literários e empíricos é tal: existe um direito coletivo de desobediência tributária, ainda que num plano “antejurídico”, mas não totalmente antijurídico, tendo em vista a gama de princípios e regras fundamentais que apontam para sua existência, sobretudo os direitos e garantias fundamentais do contribuinte. O caminho, que se espera, há de ser o de uma maior difusão social de tal ideia, na consubstanciação do que se denominou aqui de *consciência tributária*, a partir da qual a resistência fiscal pode tomar dimensões sociais e políticas, seguida de uma conseqüente absorção por parte da jurisprudência e da atividade legislativa, empós a qual há de ser plenamente reconhecida tal prerrogativa da sociedade contribuinte.

Resta também o compromisso científico de se consubstanciar ainda mais tal ideia, especialmente construindo-a no interior do Direito Tributário, tendo em vista que boa parte dos conceitos e institutos abordados até aqui lhe são alheios, especialmente pelo fato de os pesquisadores se resumirem, quase sempre, ou a uma perspectiva arrecadatória, pró-fazendária e estatista, ou a uma postura anti-Estado liberal, que desconsidera o aspecto social da tributação. Considerando, destarte, a relevância do assunto, e especialmente os possíveis retornos políticos, econômicos e sociais que a prática de uma *desobediência tributária*, na luta por um *direito de não pagar tributo injusto*, não se devem permitir os juristas, notadamente os tributaristas, que tal temática fique adstrita às especulações filosóficas e a um registro apenas histórico, sem qualquer evolução científica que ampare, defenda e estimule tal prática como meio político de defesa dos contribuintes.

REFERÊNCIAS

- ALARCÓN, Pietro Jesus de Lora. A democracia semidireta na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo/SP, v. 33, p. 141-173, 2000.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Planejamento Tributário**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- APTHEKER, Herbert. **Uma nova história dos Estados Unidos: a revolução americana**. Tradução de Fernando Autran. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1969.
- AQUINO, Rubim Santos Leão de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. **História das sociedades: das comunidades primitivas às sociedades medievais**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 2003.
- ARENDT, Hannah. **Crises da República**. Tradução de José Volkmann. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. *In: Interesses Públicos versus Interesses Privados: - Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 171-216.
- _____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- AVRITZER, Leonardo (org.). **Sociedade Civil e democratização**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 17. ed. São Paulo: Editora Globo, 2005.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- BARROSO, Luiz Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. *In: Interesses Públicos versus Interesses Privados: - Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 7-18.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular**. São Paulo, Ática, 2002.
- BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. v. 1. São Paulo : Manole, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade**: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de maio de 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**; Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1992.

_____. **Estado, governo e sociedade**. Para uma teoria geral da política. Trad. por Marco Aurélio Nogueira. 14. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. **O conceito de sociedade civil**. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. 1. ed., 3. reimp., Rio de Janeiro: Edições Graal, 1994.

_____. **O futuro da democracia**. Trad. por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Comp. por Nello Morra. Trad. por Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Org. por Michelangelo Bovero. Trad. por Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____. **Thomas Hobbes**. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Editora UNB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 19. Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

_____. **Reflexões - Política e Direito**. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1973.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**: Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo, Malheiros, 2001.

_____. **Teoria do Estado**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

_____. DECRETO N. 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10. mai. 2014.

_____. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 25 mai. 2014.

_____. LEI Nº 12.741, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2012. Dispõe sobre as medidas de esclarecimento ao consumidor, de que trata o § 5º do artigo 150 da Constituição Federal; altera o inciso III do art. 6º e o inciso IV do art. 106 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112741.htm>. Acesso em: 27 mai. 2014.

_____. PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 728 de 2011. Define crimes e infrações administrativas com vistas a incrementar a segurança da Copa das Confederações FIFA de 2013 e da Copa do Mundo de Futebol de 2014, além de prever o incidente de celeridade processual e medidas cautelares específicas, bem como disciplinar o direito de greve no período que antecede e durante a realização dos eventos, entre outras providências. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103652>. Acesso em: 10 mai. 2014.

_____. PROJETO DE LEI Nº 2557/2011. Institui o Código de Defesa do Contribuinte. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=524272>>. Acesso em: 25 mai. 2014.

BURG, David F. **A World History of tax Rebellions**. An Encyclopedia of Tax Rebels, Revolts, and Riots from Antiquity to the Present. New York: Routledge, 2004.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de Resistência Constitucional**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASANOVA-RÍSPOLI, Eduardo. Patria y Bien Común: objeción de conciencia y desobediencia civil. **Persona y Bioética** [On-line] 2010, 14 (Julio-Diciembre). Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=83216977004>>. Acesso em: 5 mai. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Sociologia Jurídica**. 11. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CERQUEIRA, Marcelo Paulo Fortes de. **Repetição do Indébito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do Direito moderno**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Ética direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Nelson Nery. **Teoria e realidade da desobediência civil**. 2. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COULANGES, Fustel de. **La cité antique**. Digitalização da edição em francês pela editora Librairie Hachette de 1900. Disponível em: <<https://archive.org/stream/lacitantiq00fust#page/n0/mode/2up>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DE MINGO RODRÍGUEZ, Ana María. Noviolencia, desobediencia civil y ejemplaridad. (una aproximación al pensamiento ético-político de M. Gandhi). **Revista de Paz y Conflictos**, Norteamérica, 3, jun. 2010. Disponible en: <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/revpaz/article/view/442/496>>. Fecha de acceso: 08 may. 2014.

DENARI, Zelmo; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Infrações Tributárias e Delitos Fiscais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. **Revista Trimestral de direito público**. São Paulo, v. 1, p.127-139, 1993.

DULCE, María José Fariñas. **La sociología del derecho de Max Weber**. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, n. 121. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

DUSSEL, Enrique. **20 Tesis de Política**. 2. ed. Mexico: Siglo XXI: Centro de Cooperación Regional para La Educación de Adultos en América Latina e Caribe, 2006.

EISELE, Andreas. **Apropriação indébita e ilícito penal tributário**. São Paulo: Dialética, 2001.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. 9. ed. Trad. por Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FALEIROS, Vicente de Paula. **Saber profissional e poder institucional**. São Paulo: Cortez, 1985.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2003.

FRANÇA. Constitution de 1793 ou de l'an I. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/constitutions/constitution-de-1793-an1.asp>>. Acesso em: 17. jan. 2014.

_____. Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em: 17. jan. 2014.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREUD, Sigmund. **Totem und Tabu**. Einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker. London: Imago Publishing Co., Ltd., 1940. Disponível em: <<http://simboleigenschoepfung.files.wordpress.com/2014/01/sigmund-freud-totem-tabu.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

GARCIA, Maria. **Desobediência Civil: direito fundamental**. 2. ed. rev. atual. e ampliada. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho a resistir el derecho**. 1. ed. Buenos Aires: Mino y Dávila, 2005.

GOHN, Maria da Glória Marcondes. **História dos movimentos e lutas sociais – A construção da cidadania dos Brasileiros**. 1. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

_____. **Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. 5.ed. São Paulo, SP: Loyola, 1997.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 6. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Trad. por Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1953.

HABERMAS, Jürgen. **Ensayos políticos**. Barcelona: Península. 1984.

HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. Trad. por Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HERKENHOFF, João Baptista. **Movimentos sociais e direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Coleção “A obra-prima de cada autor”. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HOLANDA, Fernando Antônio Nogueira. **Direito de resistência e desobediência civil: bases históricas e fundamentos teóricos**. 2005. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. **La paz por medio del derecho**. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1946.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

_____. **The communist theory of law**. New York: Fredrerick A. Praeger, Inc., 1955.

LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios constitucionais tributários**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia na Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Totemismo hoje**. Trad. por Malcom Bruce Corrie. Coleção “Textos clássicos do pensamento humano”. Petrópoles: Vozes, 1975.

LOBO, Maria Teresa de Carcomo. O direito de não pagar tributo injusto – uma nova forma de resistência fiscal. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 179-189.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009.

LOPES, Ana Maria D’Ávila. Hierarquização de Direitos Fundamentais? *In*: **Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC**, ano 9, jan.-mar. 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. Apresentação e Análise Crítica. *In*: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário**. 1. reimpressão da

edição de 1999. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2001, p. 07-32.

_____. **Crimes contra a ordem tributária.** São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional tributário.** São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de Direito Tributário.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito penal tributário contemporâneo: estudos de especialista.** São Paulo: Atlas, 1995.

_____. **O Princípio da Legalidade como Limitação Constitucional ao Poder de Tributar.** Revista Dialética de Direito Tributário, nº 197. São Paulo: Editora Dialética, fev. 2012.

MACHADO NETO, Antonio Luís. **Sociologia Jurídica.** 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Repetição do Tributo Indireto: incoerências e contradições.** 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Processo Tributário.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Ainda a Restituição de Tributos “Indiretos”.

Revista Nomos, Volume 32.2, jul./dez., 2012. Disponível em:

<<http://mdf.secrel.com.br/dmdocuments/Hugo%20Segundo.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição.** 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** 28. ed. rev. e atual. pelo prof. Miguel Alfredo Maluf Neto. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe.** Comentado por Napoleão Bonaparte. Trad. por Pietro Nassetti. Coleção “A obra-prima de cada autor”. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MARQUEZI JUNIOR, Jorge Sylvio. Uma Análise Conforme a Constituição Federal do Artigo 166 do CTN e a Jurisprudência do STJ. **Revista Dialética de Direito Tributário**, nº 211. São Paulo: Editora Dialética, abr. 2013.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel.** São Paulo: Boitempo, 2005.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O manifesto do partido comunista.** Trad. por Pietro Nassetti. Coleção “A obra-prima de cada autor”. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 7. ed rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELO, José Eduardo Soares de. IPI, ICMS, ISS e planejamento fiscal. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Planejamento fiscal**, v.2: teoria e prática. São Paulo: Dialética, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I: arts. 1º a 45, 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Princípios informativos e interpretativos do direito administrativo. *In*: **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 265-313.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**; Tradução Peter Naumann. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Com uma introdução de Ralph Christensen. Trad. por Peter Naumann e rev. de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

OBSERVATORIO DE LA DEUDA EM LA GLOBALIZACIÓN. **Guerras del Agua em Bolívia**. ¡El Agua és nostra, carajo!. México: CASIFOP, Taller Popular em defesa de el Agua 2005. Disponível em: <http://www.odg.cat/documents/enprofunditat/Transnacionals_espanyoles/Guerrasagua_Bolivia.pdf>. Acesso em: 1. mai. 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 10 mai. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 10 mai. 2014.

PACHUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **Teoria Geral do Direito e o Marxismo**. Tradução de Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2011.

PAUPÉRIO, A. Machado. **O direito político de resistência**. 2. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PFRIMMER, Matheus Hoffman. A Guerra da Água em Cochabamba, Bolívia: a desconstrução de um conflito. *In: Anais do IV Encontro Nacional da Anppas - 4,5 e 6 de junho de 2008*. Brasília - DF - Brasil. Disponível em: <<http://www.anppas.org.br/encontro4/cd/ARQUIVOS/GT12-850-976-20080513215826.pdf>>. Acesso em: 1º. mai. 2014.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Crime de sonegação fiscal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 76, v. 617, p. 259-266, mar. 1987.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder e o socialismo**. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

PRESSACCO, Carlos F.. Estado de Derecho y Desobediencia civilPolis, **Revista de la Universidad Bolivariana** [On-line] 2010, 9 (Sin mes). Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30515709023>>. Acesso em: 8 mai. 2014.

PRESSBURGUER. Miguel e outros. **Direito Insurgente: o direito dos oprimidos**. Coleção Seminários, nº14. Rio de Janeiro: Apoio Jurídico Popular, 1990.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAWLS, Jonh. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Alimiro Pista e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed., 22. tir., São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Teoria do Direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Trad. por Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**: discurso sobre as ciências e as artes. Coleção “Os Pensadores”, Abril Cultural: São Paulo, vol. II, 1999.

_____. **Do Contrato Social**. Coleção “A obra-prima de cada autor”. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SANCHES, José Luís Saldanha. **Justiça Fiscal**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed., rev. e atual. até a EC n. 52. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Juary. **Elementos de direito penal tributário**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Millôr Fernandes. 8. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Constitucional e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed., rev. e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

TAVARES, Geovani de Oliveira. **Desobediência civil e direito político de resistência: os novos direitos**. Campinas: Edicamp, 2003.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. Tradução de Sérgio Karam. Porto Alegre: LP&M, 2006.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Repetição de Indébito, Compensação e Ação Declaratória. *In*: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário**. 1. reimpressão da edição de 1999. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2001, p. 120-145.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio. **La desobediencia civil en el estado constitucional democrático**. Madrid: Marcial Pons, 1999.

VIEIRA, Evaldo Amaro. **O que é desobediência civil?** Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 1983.

WALZER, Michael. **Das obrigações políticas: ensaios sobre desobediência, guerra e cidadania**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed., rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. 2. tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001.

XEREZ, Rafael Marcílio. Direito ao Ressarcimento do Indébito Tributário. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário**. 1. reimpressão da edição de 1999. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2001, p. 337-354.

_____. **Repetição do Tributo Indevido**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2003.

ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ZINN, Howard. **La otra historia de los Estados Unidos**. Desde 1492 hasta hoy. Edición revisada e corrigida por el autor. Hondambia: Argitaletxe HIRU, 2003.

ZINN, Howard; ARNOVE, Anthony. **Voices of People's History of the United States**. 2. ed., New York: Seven Stories Press, 2009.