

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

MARIANNY ALVES

**DIREITO DE RESISTÊNCIA E PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: REFLEXÕES  
SOBRE A LEGITIMIDADE E O EXERCÍCIO DA RESISTÊNCIA FRENTE AO  
SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

SÃO PAULO

2021

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

MARIANNY ALVES

**DIREITO DE RESISTÊNCIA E PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: REFLEXÕES  
SOBRE A LEGITIMIDADE E O EXERCÍCIO DA RESISTÊNCIA FRENTE AO  
SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo para obtenção do  
título de Doutora em Ciências.

Área de Concentração: Direito do Estado  
Orientador: Prof. Dr. Alessandro Hirata

SÃO PAULO  
2021

ALVES, Marianny. **Direito de resistência e pena privativa de liberdade**: reflexões sobre a legitimidade e o exercício da resistência frente ao sistema prisional brasileiro. 2021. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito - Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Víctor Gabriel Rodríguez

Instituição: Universidade de São Paulo (USP)

Professora Doutora Eliana Franco Neme

Instituição: Universidade de São Paulo (USP)

Professora Doutora Cristina Godoy Bernardo de Oliveira

Instituição: Universidade de São Paulo (USP)

Professor Doutor Isael José Santana

Instituição: Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Professora Doutora Lisandra Moreira Martins

Instituição: Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

## AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos de um trabalho acadêmico são sempre muito difíceis de serem feitos. Há sempre uma dúvida sobre os limites desses agradecimentos. Prezar pela formalidade? Licença para pessoalizar? Fazer de maneira geral ou nominal? Quem, de fato, contribuiu para a produção deste trabalho? Seriam apenas as instituições de ensino e as pessoas a elas vinculadas os contribuintes para a produção da tese? Acredito mesmo que não. Tão importantes quanto os que auxiliaram formalmente na produção da pesquisa, foram os que informalmente colaboraram na manutenção da sanidade das(os) pesquisadoras(es) que se aventuraram a produzir suas teses, principalmente em um momento tão incomum como este de pandemia.

Meus agradecimentos são especialmente para minhas alunas e meus alunos, que dão sentido na minha empreitada pela carreira docente, que mais me ensinam do que comigo aprendem. São para o meu companheiro Caíque, com quem divido não só as angústias e os prazeres da existência, mas o intenso entusiasmo pela vida acadêmica além e aquém das vaidades nela inseridas. São para minhas amigas e amigos (de infância, da vida acadêmica, da família, dos encontros e relações mais improváveis e inusitadas) que não mais aguentavam ouvir “não posso, estou fazendo minha tese”.

Agradeço a todas as professoras e professores, que compuseram e compõem a minha trajetória acadêmica por me oportunizarem experiências que inevitavelmente repercutem na minha prática docente e de pesquisa, e que, por vezes, extrapolaram as atribuições docentes formais, mais preocupadas(os) com a formação humana do que com a mera propagação da técnica jurídica. A pesquisa e a extensão, certamente, me foram essenciais na completude do processo de ensino – que, sozinho, só é capaz de aferir o conhecimento teórico técnico, mas incapaz de avaliar a práxis.

Por fim, agradeço à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), à Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) e a Universidade de São Paulo (USP), que, em diferentes fases da minha vida acadêmica, contribuíram efetivamente nos pressupostos de construção desta tese, mas que, além disso, me oportunizaram uma formação humana em constante (des)construção.

As pessoas presas mortas em razão da Covid-19, que não  
mais puderam resistir.

“A marginalização social no nosso sistema é realizada pela prisão e esta marginalização não desaparecerá automaticamente abolindo a prisão. A sociedade substituiria por outro mecanismo. O que falta por fazer é uma crítica ao sistema para que se explique por que a sociedade atual empurra para a margem uma parte da população.”

(ANIYAR DE CASTRO; CODINO, 2017, p. 80)

## RESUMO

ALVES, Marianny. **Direito de resistência e pena privativa de liberdade**: reflexões sobre a legitimidade e o exercício da resistência frente ao sistema prisional brasileiro. 2021. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito - Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

O sistema prisional brasileiro enfrenta, desde muito, problemas de superlotação, números expressivos de prisões preventivas, péssimas condições de subsistência, o que, dentre outros fatores, fez com que o Judiciário admitisse o caos vivenciado nas penitenciárias por meio do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional. Frente a premissa de que, por meio de suas agências, o sistema punitivo atua de forma seletiva e de que o ordenamento jurídico não é capaz de, sozinho, solucionar conflitos para os quais todos os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) corroboram, os meios ordinários de busca pela garantia de direitos não mais se mostram viáveis para lidar com a violência do ambiente prisional. Nesse sentido, a presente tese consiste em reconhecer a legitimidade do exercício do direito de resistência por parte da população prisional, uma vez que os instrumentos disponibilizados pelo pretense Estado Democrático de Direito demonstram-se inefetivos para cessar as situações de violência perpetradas pelas próprias agências do sistema penal. A fim de discutir tal possibilidade, o trabalho é dividido em três eixos centrais: a construção dos fundamentos de obediência ao direito e as hipóteses que, ao contrário, autorizariam a resistência legítima à ordem; a atuação do poder punitivo como uma extensão do poder político que deve ser limitada pelos demais poderes estatais e que deve se atentar não só aos parâmetros da legalidade, mas a coerência com os fins do Estado; a condição dos estabelecimentos prisionais brasileiros e a atuação seletiva das agências do sistema penal como legitimadoras do exercício do direito de resistência em três diferentes perspectivas. Para tanto, o estudo se utiliza de pesquisa bibliográfica e documental, que pretende não apenas fazer uma revisão teórica sobre a temática, mas confirmar a tese de que o exercício do direito de resistência no âmbito prisional é legítimo, haja vista não haver outros meios efetivos para que seus direitos sejam respeitados, senão pelo questionamento deste sistema penal, na forma em que se estrutura. Quanto à abordagem, trata-se de pesquisa qualitativa, que intui analisar dados já disponíveis em plataformas, não compreendendo pesquisa de campo. Quanto aos objetivos, situa-se como uma pesquisa exploratória, pois visa investigar e compreender a possibilidade do exercício do direito de resistência em âmbito prisional. No que diz respeito ao método, optou-se pela utilização do dedutivo. Ao final, restou constatada a legitimidade do exercício do direito de resistência pelo contingente carcerário, resguardados determinados limites.

**Palavras-chave:** Direito de resistência. Sistema prisional. Legitimidade.

## ABSTRACT

ALVES, Marianny. **Right to resistance and prisons**: reflections on the legitimacy and the exercise of resistance in the Brazilian prison system. 2021. Tese (Doutorado) – Faculty of Law - Department of State Law, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

The Brazilian prison system has long faced problems of overcrowding, expressive numbers of pre-trial detentions, terrible livelihood conditions, which, among other factors, made the Judiciary admit the chaos experienced in prisons through recognition of the State of Unconstitutional Things. Faced with the premise that, through its agencies, the punitive system acts selectively and that the legal system is not able, alone, to resolve conflicts for which all Powers (Legislative, Executive and Judiciary) support, the ordinary means of seeking the guarantee of rights are no longer viable to deal with the violence in the prison reality. In this sense, this thesis consists of recognizing the legitimacy of the exercise of the right to resist by the prison population, since the instruments made available by the so-called Democratic State of Law are ineffective in ending situations of violence perpetrated by the agencies of the criminal system. In order to discuss this possibility, the work is divided into three central axes: the construction of the foundations of obedience to the law and the hypotheses that, on the contrary, would authorize legitimate resistance to order; the performance of punitive power as an extension of political power that should be limited by other state powers and that should pay attention not only to the parameters of legality, but also to consistency with the purposes of the state; the condition of Brazilian prisons and the selective action of agencies of the penal system as legitimizers of the exercise of the right of resistance in three different perspectives. Therefore, the study uses bibliographic and documentary research, which intends not only to make a theoretical review on the subject, but to confirm the thesis that the exercise of the right to resistance in prison is legitimate, given that there are no other effective means so that their rights are respected, if not by questioning this penal system, in the way it is structured. As for the approach, it is a qualitative research, which aims to analyze data already available on platforms, not including field research. As for the objectives, it is situated as an exploratory research, as it aims to investigate and understand the possibility of exercising the right to resistance in prisons. With regard to the method, we chose to use the deductive. In the end, the legitimacy of the exercise of the right of resistance by the prison contingent was confirmed, subject to certain limits.

**Keywords:** Right of resistance. Prison system. Legitimacy.

## ASTRATTO

ALVES, Marianny. **Diritto alla resistenza e pena privata di libertà**: riflessioni sulla legittimità e sull'esercizio di resistenza contro il sistema carceriale brasiliano. 2021. Tesi (Dottorato) – Facoltà di Giurisprudenza - Dipartimento di Diritto Statale, Università di São Paulo, São Paulo, 2021.

Il sistema carcerario brasiliano ha da tempo dovuto affrontare problemi di sovraffollamento, numeri espressivi di carcerazioni preliminari, terribili condizioni di sussistenza, che, tra gli altri fattori, hanno fatto ammettere alla Magistratura il caos vissuto nelle carceri attraverso il riconoscimento dello stato di incostituzionalità. Di fronte alla premessa che, attraverso i suoi organi, il sistema punitivo agisce in modo selettivo e che l'ordinamento giuridico non è in grado, da solo, di risolvere i conflitti per i quali tutti i Poteri (Legislativo, Esecutivo e Giudiziario) sostengono, i mezzi ordinari di ricerca della garanzia di i diritti non sono più praticabili per affrontare la violenza nella realtà carceraria. In questo senso, questa tesi consiste nel riconoscere la legittimità dell'esercizio del diritto di resistenza da parte della popolazione carceraria, poiché gli strumenti messi a disposizione dal cosiddetto Stato di diritto democratico sono inefficaci nel porre fine a situazioni di violenza perpetrate dagli organismi di il sistema penale. Per discutere questa possibilità, l'opera si articola in tre assi centrali: la costruzione dei fondamenti dell'obbedienza alla legge e delle ipotesi che, al contrario, autorizzerebbero una legittima resistenza all'ordine; l'esercizio del potere punitivo come estensione del potere politico che dovrebbe essere limitato da altri poteri statali e che dovrebbe prestare attenzione non solo ai parametri di legalità, ma anche alla coerenza con le finalità dello stato; la condizione delle carceri brasiliane e l'azione selettiva delle agenzie del sistema penale come legittimatrici dell'esercizio del diritto di resistenza in tre diverse prospettive. Lo studio si avvale, quindi, di una ricerca bibliografica e documentale, che intende non solo fare una rassegna teorica sull'argomento, ma confermare la tesi che l'esercizio del diritto di resistenza in carcere è legittimo, visto che non esistono altri mezzi efficaci per che i loro diritti siano rispettati, se non mettendo in discussione questo sistema penale, nel modo in cui è strutturato. Per quanto riguarda l'approccio, si tratta di una ricerca qualitativa, che mira ad analizzare i dati già disponibili sulle piattaforme, escludendo la ricerca sul campo. Quanto agli obiettivi, si colloca come ricerca esplorativa, in quanto mira ad indagare e comprendere la possibilità di esercitare il diritto di resistenza nelle carceri. Per quanto riguarda il metodo, abbiamo scelto di utilizzare la deduttiva. Alla fine è stata confermata, entro certi limiti, la legittimità dell'esercizio del diritto di resistenza da parte del contingente carcerario.

**Parole chiave:** Diritto di resistenza. Sistema carcerario. Legittimità.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 A RESISTÊNCIA COMO UM DIREITO: PRESSUPOSTOS JUS-FILOSÓFICOS ..</b>	<b>14</b>
2.1 A GÊNESE DA RESISTÊNCIA NOS PACTOS POLÍTICOS .....	16
2.2 DIREITO DE RESISTÊNCIA NO CONTRATUALISMO .....	20
2.3 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE RESISTÊNCIA .....	31
2.4 DISCUSSÕES CONTEMPORÂNEAS SOBRE O DIREITO DE RESISTÊNCIA .....	37
<b>3 O PODER PUNITIVO E A PENA ENCONTRADA: REFLEXÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO ESTADO NO CONTROLE SOCIAL .....</b>	<b>46</b>
3.1 O <i>IUS PUNIENDI</i> COMO PODER POLÍTICO.....	46
3.2 DEMOCRACIA E <i>IUS PUNIENDI</i> .....	54
3.3 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMO PENA CENTRAL: O CONTROLE NOS MOLDES DISCIPLINARES.....	61
<b>4 EM BUSCA DO DIREITO PERDIDO .....</b>	<b>71</b>
4.1 AS PRISÕES DA AMÉRICA LATINA: O FENÔMENO DAS MORTES ANUNCIADAS.....	71
4.2 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL: PENSANDO UM FRAGMENTO DA MARGEM.....	81
4.3 A POSSIBILIDADE DE RESISTÊNCIA FRENTE À VIOLÊNCIA PRISIONAL.....	91
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>105</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>111</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente tese foi desenvolvida junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), está inserida na área de concentração de Direito do Estado e vinculada à linha de pesquisa Direitos Fundamentais. Trata-se de proposta enquadrada teoricamente no diálogo entre a criminologia de perspectiva crítica e os direitos fundamentais, que pretende revisitar as discussões sobre o direito de resistência, inserindo-as no âmbito do sistema punitivo, mais precisamente, refletidas no ambiente prisional.

Esta proposta de tese não foi construída apenas no período de doutoramento ou naquele preparatório para a seleção de ingresso no referido Programa de Pós-graduação, é resultado de uma trajetória de formação acadêmica que influenciou diretamente a construção do problema de pesquisa. As experiências de pesquisa desde a graduação<sup>1</sup> serviram para gerar incômodos sobre o sistema penitenciário e os sujeitos encarcerados, as demais fases de formação acadêmica (especialização e mestrado<sup>2</sup>) sedimentaram esses questionamentos e abriram outras pautas de pesquisa foram essenciais para a construção da estrutura do problema de pesquisa enfrentado na presente tese de doutorado.

Embora seja comum, principalmente no âmbito das ciências jurídicas, a insistência em uma pesquisa idealizada no positivismo, na qual o pesquisador se coloca em posição de neutralidade perante o objeto de pesquisa, onde a práxis é separada do ato de pesquisar, como se o(a) autor(a) não fosse um animal social (no sentido aristotélico), este trabalho se constrói à partir de uma trajetória acadêmica (que é coletiva, claro, mas também individual), fragmento

---

<sup>1</sup> Ingressando no mundo da pesquisa, com meu primeiro projeto de iniciação científica desenvolvido no segundo ano de graduação, realizei singelo estudo que buscava compreender os limites e os entraves da garantia do direito e do exercício da cidadania pelas pessoas encarceradas. Por certo, naquele momento de absoluta imaturidade acadêmica, não me era claro os necessários recortes de gênero, classe e cor que envolvem o sistema prisional, mas esta experiência representou a minha “porta de entrada” para as inquietudes que enfrentei nas propostas de pesquisa, as quais desenvolvi em diferentes fases do processo de formação acadêmica.

<sup>2</sup> No contexto do mestrado, gostaria de pontuar dois momentos fundamentais na construção da ideia de “ressuscitar” o direito de resistência e inseri-lo numa discussão de âmbito prisional: as saudosas aulas ministradas pelo Professor Doutor Jesus Lima Torrado (*in memoriam*) na disciplina de Fundamentos Jus Filosóficos e Antropológicos dos Direitos Humanos; e os calorosos debates tecidos nas disciplinas de Teorias Contemporâneas do Direito e de Acesso à Justiça, Jurisdição e Direitos Fundamentais, ambas ministradas pelo Professor Doutor Luís Fernando Sgarbossa. Nesta, tendo como um dos critérios de avaliação a produção de artigo que versasse sobre alguma das temáticas abordadas na ementa da disciplina, troquei e-mails com o referido Professor, compartilhando a minha angústia para definir o tema. Na tentativa de ajudar na organização das ideias, apresentou algumas possíveis discussões que tivessem como ponto de intersecção a teoria do direito e as ciências criminais, finalizou suas palavras indicando a dificuldade que eu teria em construir uma discussão entre teoria do direito e criminologia. A resposta, no entanto, me provocou a buscar exatamente esta intersecção, de onde originou o artigo que encerrou a minha participação na disciplina, e de onde surgiu a produção de muitos outros textos, que, hoje, sustentam este.

de um processo que também se submete às disputas de classe, gênero e mesmo condições geográficas nas quais a pesquisadora se constituiu.

Ciente de que a produção da tese não representa um esgotamento do caminho acadêmico, mas verdadeiramente o seu início, entendo importante indicar que esta tese foi produzida dentro dos limites estabelecidos por um mundo real - no qual o âmbito acadêmico se insere, embora tente ilusoriamente se desvincular -, sob as nuances de uma sociedade desigual e excludente, contexto agravado pelas consequências de uma pandemia decorrente da propagação do vírus Sars-CoV-2, causador da infecção Covid-19, e pelas possíveis implicações pertinentes ao necessário isolamento social.

A elaboração do problema de pesquisa se deu a partir do desconforto gerado pela insuficiente discussão no âmbito das ciências criminais que ultrapasse o reconhecimento da violação de direitos fundamentais no contexto prisional e, ao mesmo tempo, intua contribuir na elaboração de um novo discurso jurídico-penal, capaz de (re)pensar possibilidades que cessem, diminuam ou ao menos não corroborem com a perpetuação da violência que o sistema punitivo exerce seletivamente sobre os grupos socialmente vulnerabilizados.

A ideia se desenvolve diante da verificação do permanente estado de caos do sistema prisional brasileiro, o qual muitos têm denominado de crise, posição da qual não compartilho, por entender que a situação extrema compõe o próprio fundamento do sistema penal, que atua sob a influência de diversos poderes, refletindo os interesses de determinados grupos. Frente a premissa de que o sistema punitivo atua de forma seletiva e de que o ordenamento jurídico não é capaz de, sozinho, solucionar conflitos para os quais todos os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) corroboram, entende-se que os meios ordinários não são mais viáveis para lidar com a violência prisional.

Nesse sentido, a presente tese consiste em reconhecer a legitimidade do exercício do direito de resistência por parte da população prisional, uma vez que os instrumentos disponibilizados pelo pretense Estado Democrático de Direito demonstram-se inefetivos para cessar as situações de violência perpetradas pelas próprias agências do sistema penal. Isso porque, diante dos pressupostos que fundamentam à obediência ao direito ou que legitimam o exercício do direito de resistência, a situação de constante violação de direitos fundamentais experimentada nas prisões, responsabilidade compartilhada e reconhecida pelo Estado brasileiro, somada à seletividade penal, não resta às pessoas presas outra maneira de transmitir suas demandas para seus representantes e/ou responsabilizá-los por suas ações ou omissões.

Para tanto, o estudo se utiliza de pesquisa bibliográfica e documental, que pretende não apenas fazer uma revisão teórica sobre a temática, mas confirmar a tese de que o exercício

do direito de resistência no âmbito prisional é legítimo, haja vista não haver outros meios efetivos para que seus direitos sejam respeitados, senão pelo questionamento deste sistema penal, na forma em que se estrutura. Oportunamente, com esta afirmação já se esclarece que não se trata de uma tese de caráter abolicionista, que advoga pelo fim do sistema penal, mas que entende necessária uma outra atuação ou outra composição de sistema penal.

Quanto à abordagem, trata-se de pesquisa qualitativa, que intui analisar dados já disponíveis em plataformas, não compreendendo pesquisa de campo. Quanto aos objetivos, situa-se como uma pesquisa exploratória, pois visa investigar e compreender a possibilidade do exercício do direito de resistência em âmbito prisional. No que diz respeito ao método, optou-se pela utilização do dedutivo, haja vista a diversidade do referencial teórico adotado, que pretende ser utilizado de forma a se complementarem, com atenção às compatibilidades teóricas

No que tange a relevância da pesquisa, entende-se que embora a “crise” do sistema penitenciário seja há muito denunciada pela academia, reconhecida pelo Judiciário, ao menos conhecida pelo Legislativo e pelo Executivo e propagada pelas agências de comunicação, as medidas tomadas para a contenção da suposta crise em nada ou muito pouco cooperam para a diminuição da violência prisional, às vezes, agravando-a. Assim, mesmo a academia recebendo inúmeras críticas pelas infinitas discussões teóricas que se dão apenas (quase sempre) entre os pares, este trabalho entende ser função do(a) pesquisador(a) insistir em temáticas cujas mudanças em âmbito social ainda são insatisfatórias.

O ineditismo da pesquisa está caracterizado pela abordagem do direito de resistência na perspectiva jus-filosófica aplicada ao âmbito prisional. Levantamento feito no catálogo<sup>3</sup> de teses e dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) com as palavras-chave “resistência”, “direito” e “sistema prisional”, com a aplicação dos filtros de resultados de (i) tipo (doutorado – tese), (ii) grande área de conhecimento (ciências sociais aplicadas) e (iii) área do conhecimento (direito), não foram encontradas pesquisas com a mesma abordagem aqui proposta.

Assim, o trabalho é dividido em três eixos centrais: a construção dos fundamentos de obediência ao direito e as hipóteses que, ao contrário, autorizariam a resistência legítima à ordem; a atuação do poder punitivo como uma extensão do poder político que deve ser limitada pelos demais poderes estatais e que deve se atentar não só aos parâmetros da legalidade, mas a coerência com os fins do Estado; a condição dos estabelecimentos prisionais brasileiros e a

---

<sup>3</sup> Disponível em: <[https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>](https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/).

atuação seletiva das agências do sistema penal como legitimadoras do exercício do direito de resistência em três diferentes perspectivas.

No primeiro capítulo, será apresentado: a gênese da resistência nos pactos políticos, uma vez que o instituto antecede a própria noção de Estado; a abordagem do direito de resistência na perspectiva do contrato social, momento que o direito de resistência se apresenta e se configura no formato em que se estabelece ainda hoje; o processo de institucionalização do direito de resistência, ocasião em que o direito de resistência para a compor positivamente o ordenamento jurídico, e algumas discussões contemporâneas sobre o assunto, de forma a justificar seu suposto desaparecimento das legislações vigentes e a necessidade de, mesmo em um Estado Democrático de Direito, ser necessário invocá-lo.

No segundo capítulo, de forma a contrapor as hipóteses em que o dever de obediência ao direito parece justo, será feito: uma discussão sobre o poder punitivo enquanto um poder político, que atua em consonância com os interesses ideológicos e econômicos na aplicação da pena, confiscando o conflito das partes envolvidas e impondo uma decisão vertical visando não a resolução do conflito, mas a reafirmação do poder político; considerações sobre os limites de atuação do poder punitivo num contexto democrático, haja vista que um regime democrático que se pretenda efetivo não pode ser apenas formal; apontamentos sobre o surgimento e o estabelecimento da pena privativa de liberdade como pena central e os reflexos sociais deste fenômeno.

No terceiro e último capítulo, será discutido: as peculiaridades das prisões da América Latina, vista na sua condição marginal, diante dos processos de colonização, de neocolonização e de globalização que influem na estrutura de seu sistema penal; o contexto caótico do sistema prisional brasileiro, que, mesmo reconhecido enquanto um violador de direitos fundamentais, continua aprisionando a parcela mais vulnerável da população sob a atuação ou a omissão das agências penais e poderes do Estado; a possibilidade do exercício do poder de resistência por parte da população encarcerada, diante da constante violação de direitos e atuação seletiva das agências penais, que, sob hipótese, poderia se dar pela perspectiva garantista de Ferrajoli, pelo conceito de alienação desenvolvido por Gargarella ou pela teoria deslegitimante de Zaffaroni.

## 2 A RESISTÊNCIA COMO UM DIREITO: PRESSUPOSTOS JUS-FILOSÓFICOS

“A gente resistiu expandindo a nossa subjetividade, não aceitando essa ideia de que nós somos todos iguais”  
(KRENAK, 2019, p. 31)

Para entender o direito de resistência é necessário que se discuta em quais ocasiões se considera possível flexibilizar o dever de obediência oriundo das relações políticas inevitavelmente permeadas pelo poder nas organizações sociais, em seu sentido mais amplo. Para tanto, esta pesquisa parte da premissa de que existe um dever fundamental advindo – de forma natural ou não - da convivência em sociedade de que cada cidadão possui o dever de se submeter e então obedecer a um ordenamento jurídico, o que, segundo Bobbio (1998, p. 335), constitui uma obrigação política e não apenas jurídica.

Um poder que se pretende legítimo encoraja a obediência e, assim, desencoraja a desobediência, de forma que a obediência se torna uma obrigação, enquanto a desobediência é concebida como algo passível de coerção. É claro que este dever de obediência não é absoluto e se estabelece diante de uma complexa estrutura de organização social, na qual se pode contestar o dever de obedecer, principalmente frente a injustiça da ordem ou à ilegitimidade da autoridade da qual a ordem se origina, sendo necessário estabelecer critérios quanto à ilegitimidade da ordem e das formas pelas quais é legítimo a ela resistir, tema central nas discussões em ciência política e nos estudos jurídicos.

Ponto central de discussão da teoria política diz respeito ao poder, aos problemas em torno de seu surgimento, de sua manutenção, de sua legitimidade, de como limitá-lo ou combatê-lo. O debate se dá em teorias posicionadas entre dois extremos: o dever de obediência e o direito a resistir (BOBBIO, 2004, p. 61). E, embora seja comum tratar a questão acerca da obediência e da resistência a partir da ideia de contrato social, na perspectiva moderna, os institutos antecedem ao Estado de Direito, bastando haver pacto político para que haja alguma presunção de obediência ao poder político exercido e a possibilidade de resistência a ele.

Em cada intervalo de tempo e espaço a recusa à obediência pelo povo se legitima de diferentes modos e sob diversas circunstâncias. Segundo Paupério (1997), embora seja tratada em sentido lato como resistência, a recusa de obediência poderia se manifestar em pelo menos três aspectos relevantes: a oposição a leis injustas, referindo-se da repulsa a algum preceito ou prescrições em discordância com o direito natural; a resistência à opressão, consistente na revolta contra a violação da ideia de direito por parte dos governantes; e a revolução, caracterizada pela vontade de estabelecer uma nova ordem. (PAUPÉRIO, 1997, p. 1-3).

De acordo com Bobbio, as formas de resistência estão distribuídas entre dois polos: resistência passiva e resistência ativa, sendo que a tão popular desobediência civil, em seu significado restrito, seria uma forma intermediária de resistência. Para o autor, o tipo de resistência pode ser determinado a partir de vários critérios, podendo ser: omissiva ou comissiva; individual ou coletiva; clandestina ou pública; pacífica ou violenta; voltada para a mudança de uma norma ou de um grupo de normas ou até mesmo do ordenamento inteiro. (BOBBIO, 1998, p. 336)

O direito de resistência possui fundamento no direito natural, mas também em uma teoria da justiça, contexto no qual se inserem os diversos tipos de resistência. Significa dizer que da resistência passiva ao tiranicídio há fundamentos éticos comuns que possibilitam seu exercício legítimo. E mesmo quando não se parece falar de resistência, como é o caso da revolução ou da desobediência civil, ainda assim, em tese, estaríamos tratando de manifestações ou de condutas políticas derivadas do direito de resistência. (CARVAJAL, 1991, p. 243)

A desobediência civil, amplamente conhecida no contexto contemporâneo, diz respeito a uma das diversas formas de resistência, uma das maneiras pelas quais se considera justificável desobedecer à ordem. A expressão só teria se tornado corrente na modernidade, por meio dos escritores políticos anglo-saxões, tendo como principal expoente Henry David Thoreau, autor da clássica obra *A Desobediência Civil* (BOBBIO, 1998, p. 336). Em edição<sup>4</sup> comentada por Sérgio Bellei (THOREAU, 1997, p. 1), no entanto, é possível verificar que na obra original, publicada em 1849, Thoreau teria utilizado no título o termo “resistência”, batizando a obra de *Resistência ao Governo Civil*. Mas após a morte do autor (falecido em 1862), o texto foi republicado em 1866 com o termo “desobediência”, título com o qual a obra popularizou.

A expressão “direito de resistência”, embora pareça se tratar de matéria exclusivamente jurídica, não pode ser entendida desvinculada da sua carga política, não é por acaso que foi objeto central de diversas discussões no campo político, jurídico e filosófico. Quando se diz “direito de resistência”, seu significado deve estar inserido em um contexto de limitação do poder e da autoridade pública do Estado, logo, precisa ser visto como uma proteção ao indivíduo diante do Estado. Trata-se da tentativa de conservação do bem comum da

---

<sup>4</sup> A edição é traduzida por Sérgio Bandeira Karam e comentada por Sérgio Luiz Prado Bellei. Este explica, em nota de rodapé (p. 1), que o texto foi publicado originalmente, em 1849, sob o título de "Resistência ao Governo Civil", no periódico *Aesthetic Papers*, e que foi publicado postumamente - Henry David Thoreau faleceu em 1862 - como "A Desobediência Civil" no livro *A Yankee in Canada*, em 1866. Em complemento, sugere-se uma visualização acerca das obras do autor e suas respectivas datas de publicação, informações que podem ser acessadas e melhor exploradas na página do Projeto *The Writings of Henry D. Thoreau*, disponível em: <[http://thoreau.library.ucsb.edu/writings\\_firstpubs.html](http://thoreau.library.ucsb.edu/writings_firstpubs.html)>. Acesso em: 03 jun. 2021.

sociedade e daquilo que é justo no ordenamento jurídico-político do Estado. (CARVAJAL, 1991, p. 244-245)

As discussões pertinentes ao direito de resistência versam sobre às estruturas de poder, aos agentes políticos, às instituições jurídicas, às práticas sociais, mas, sobretudo, ao funcionamento do poder, o que as vinculam inevitavelmente com o direito constitucional, uma vez que este trata tanto dos limites do poder político, como da proteção aos direitos e garantias fundamentais (BUZANELLO, 2001, p. 7). É preciso ter em mente que se o Estado democrático “constitui uma condição necessária para a sobrevivência das liberdades públicas”, como afirmou Buzanello (2001, p. 7), o direito de resistência não pode ter simplesmente sucumbido após sua institucionalização, sendo possível sua evocação mesmo diante de tantos dispositivos disponibilizados pelas instituições democráticas.

Apesar dos variados eixos ideológicos, para Gargarella (2007, p. 7), os teóricos que se propuseram à discussão sobre o direito de resistência compartilham de um pressuposto comum, considerando a resistência como um instrumento contra uma situação de alienação legal, quando o direito passa a servir a finalidades diversas daquelas para as quais ele foi desenvolvido e que justificam a sua existência. De diferentes perspectivas, a maioria dos defensores do direito de resistência a entendem legítima em situações cujas normas que deveriam garantir a liberdade e o bem-estar das pessoas passaram, contraditoriamente, a trabalhar contra seus interesses fundamentais.

Curiosamente, no texto introdutório de sua tese de doutoramento, Buzanello (2001, p. 7) se refere ao direito de resistência como “um direito para se ter direitos”, enquadrando a resistência na natureza de direito político, haja vista lidar com as questões de poder entre os indivíduos, grupos e Estados. Embora o autor não tenha apontado na ocasião, a argumentação se vincula ao conceito largamente trabalhado pela filósofa Hannah Arendt na obra *Origens do totalitarismo* (1989, p. 332), no qual o “direito a ter direitos” estaria vinculado ao acesso pleno à ordem jurídica, que, na interpretação de Lafer (1988, p. 166) só a cidadania pode oferecer. Seria o direito de resistência instrumento de garantia da cidadania?

## 2.1 A GÊNESE DA RESISTÊNCIA NOS PACTOS POLÍTICOS

É na cultura jusnaturalista que a ideia de resistência tem sua origem, e se constitui, mais tarde, a partir do desenvolvimento de uma teoria de direito natural voltada para o direito público. Embora o jusnaturalismo perpassasse os períodos Antigo, Medieval, Moderno e até

mesmo Contemporâneo com distintas implicações, algo é partilhado: “a ideia comum de um sistema de normas logicamente anteriores e eticamente superiores às do Estado” (BUZANELLO, 2001, p. 24-25). Significa dizer que a ideia de que as normas de direito positivo que se oponham às de direito natural tem sua legitimidade questionada.

Em *Antígona*, conhecida tragédia grega escrita por Sófocles entre 496 e 406 a. C., tem-se a ilustração do exercício do poder e da resistência, esta, mais precisamente, em forma de desobediência<sup>5</sup>. A história se dá em contexto no qual Polinice e Etéocles, irmãos de Antígona, matam um ao outro em guerra pelo trono de Tebas. Creonte, tio de Antígona que assume o governo, considera Polinice traidor, permitindo apenas a Etéocles o devido rito fúnebre. Diante da promulgação de um édito que proíbe o sepultamento de Polinice, sob a coação de pena de morte, Antígona se vê obrigada a transgredir a norma imposta pelo Rei Creonte. (SÓFOCLES, 2005)

No contexto da obra, é importante perceber que o sepultamento inadequado ou a falta dele repercute não só na honra do morto e da família, como se suporia hoje, mas na sua “segunda vida”. Não que os gregos acreditassem em reencarnação da alma em um novo corpo, mas havia uma crença na imortalidade das almas, que permaneciam unidas aos restos corporais. Ou seja: o devido rito fúnebre diz respeito a como esta alma vai “viver” após a morte, a alma não sepultada não despojava de morada, aspirava eternamente o repouso, sendo infeliz e se tornando perversa. Tratava-se de suplício eterno. (COULANGES, 2006, p. 13-14)

Antígona contesta a validade da norma, problematizando se esta seria uma norma justa, considerando que ignora os ensinamentos dos deuses, e legítima, uma vez que a autoridade de Creonte se coloca acima da divina. Concluindo que não, enterra o cadáver do irmão Polinice, sendo, mais tarde, sentenciada à morte (SÓFOCLES, 2005). Sua execução serve também de exemplo para os cidadãos de Tebas, quanto as consequências advindas da desobediência. A obra é referência nos estudos jurídicos por fazer frente ao embate entre direito natural e direito positivo, haja vista que Antígona evoca as leis divinas em oposição à lei de Creonte.

Outro ponto importante da tragédia, nesse contexto, diz respeito à discussão acerca de quem emana o poder, temática levantada a partir do questionamento de Hêmon, filho de Creonte, quanto a decisão do rei em penalizar Antígona com a morte pela sua rebeldia. Inconformado, Hêmon, que em breve esposaria Antígona, trava diálogo com seu pai indicando que o veredito é impopular entre o povo de Tebas, diante do que argumenta ser função de um rei agir em prol dos súditos, devendo, aconselha, nesse caso, ouvir os reclames populares.

---

<sup>5</sup> Em análise atual seria possível dizer que se tratava de objeção de consciência.

Creonte não aceita que sua vontade seja questionada, respondendo que, ao assumir o trono, o rei deve ter suas ordens obedecidas, parecendo elas serem justas ou não (SÓFOCLES, 2005).

A ideia de que a vontade do povo ou da comunidade é fonte do poder político não é algo novo na história do pensamento, permeando, inclusive, a Antiguidade. Alguns sofistas, como Protágoras ou Hípias, manifestavam uma vaga ideia de pacto político com participação popular quando teorizavam sobre quem poderia ou não participar das discussões sobre as leis, ainda que houvesse critérios não tão populares para se configurar a cidadania. A filosofia epicurista, por exemplo, já observava o Estado como uma convenção humana para a realização de interesses comuns. (SICHES, 2003, p. 3)

Até mesmo na Idade Média subsistiu a ideia de que o poder derivaria da comunidade. Segundo a filosofia patrística, como consequência do pecado original, Deus teria instituído a necessidade do poder público para gerir a convivência humana. Vê-se embutida a ideia de pacto político, na qual, quando no paraíso (antes de pecar) o homem vivia em estado de natureza, de completa paz, sendo que, após o exercício do pecado, o homem já não teria condições de viver sem um império que o coaja. (SICHES, 2003, p. 4)

A doutrina patrística possuía um diferencial relevante na ideia de pacto político, porque, embora acreditasse que o poder público devesse estar nas mãos de alguém, haja vista a incapacidade dos homens em viver em paz - como viviam antes, em estado natural, resistindo às tentações do pecado -, compreendia ser de competência da comunidade determinar quem e como este poder - cuja origem se justificava na divindade - seria exercido. (SICHES, 2003, p. 4)

O principal pensador acerca do direito de resistência na Idade Média, no entanto, teria sido São Tomás de Aquino, para quem a fonte do poder político era a vontade de Deus, sendo função do governante, então, conduzir as pessoas a satisfazerem suas necessidades individuais e coletivas, sem que as primeiras prevalecessem sobre as segundas. Entende o autor que em algumas ocasiões o poder do soberano pode ser questionado, ou pela maneira como foi adquirido ou pelo modo como o exerce (AQUINO, 1975, 257-259).

Na Suma Teológica, Aquino traça uma discussão sobre ser ou não a sedição<sup>6</sup> um pecado, considerando o conflito e a discórdia a ela vinculada. Para ele, aqueles que se rebelam em prol do bem comum não podem ser considerados sediciosos, se o fazem em oposição a um regime tirânico e injusto e se tomaram as devidas providências para evitar a tirania. Para que se possa resistir ao poder dos governantes, seria necessário que o poder estivesse colocando em

---

<sup>6</sup> A palavra é utilizada no sentido de uma insurgência que tende à rebelião, subversão da ordem capaz de se configurar como revolta.

risco o bem da coletividade, haja vista que a resistência se justificaria apenas na proteção da ordem social (AQUINO, 1980. p. 2370-2371).

Nessa conjuntura, a resistência é colocada numa categoria de direito natural, proveniente de Deus – já que na antiguidade estaria vinculada ao cosmos -, e que deve ser utilizada quando a ordem vigente se contrapõe à ordem divina. Trata-se, por óbvio, de dispositivo utilitário da Igreja, que, na disputa política, precisava ter maneiras de se opor ao poder do soberano e justificar aos fiéis a desobediência, bem como incitá-los a tal. A ideia reverbera na prerrogativa da Igreja em julgar o soberano e, diante do exposto, mais parece um instituto de manutenção do poder da Igreja e não instrumento subversivo de enfrentamento do poder injusto ou ilegítimo.

Desde que o poder do governante passou a ser justificado pela finalidade com a qual está vinculado - em regra, a manutenção da ordem social -, a resistência se estabeleceu numa perspectiva de defesa legítima do povo contra as ações injustas ou ilegítimas do governante. Assim, o chamado direito de insurreição teria começado a surgir nos documentos públicos que dão início, ainda que timidamente, ao processo de constitucionalização, ilustrado pelos pactos de sujeição entre os príncipes e seus súditos (PAUPÉRIO, 1997, p. 217).

Importante documento nesse sentido se trata da *Magna Charta Libertatum*, assinada em 1215, na Inglaterra, pelo Rei João-Sem-Terra, na qual ficou reconhecido o direito de revolta do povo quando o governante não cumprisse as obrigações a ele estipuladas. O documento estabelecia a criação de um Conselho composto por 25 barões e uma comissão de 4 membros eleitos pelo Conselho, que atuaria na fiscalização das ações do rei, ponderando os possíveis abusos de poder ou sua omissão quanto às queixas dos súditos que entendessem que tinham seus direitos, afirmados naquela declaração, violados pelo exercício do poder. Se o rei se negasse aos limites estabelecidos, os barões eram autorizados a usar a força para restituição da ordem, ajudados pelos próprios súditos. (PAUPÉRIO, 1997, p. 217)

Ao final do século XIII, por sua vez, a filosofia escolástica já admitia que o fundamento de todo poder público seria a submissão voluntária, fundamento do pacto político. Sob esta perspectiva, mesmo nas hipóteses em que o poder teve sua origem em uma conquista violenta ou usurpação, ainda assim, para que o governante pudesse sustentar seu posto precisava necessariamente de uma legitimação, que se dava pelo consentimento do povo, tácito ou expresso. (SICHES, 2003, p. 7)

Embora houvesse alguma controvérsia entre os legisladores no que diz respeito a quem pertencia, de fato, o poder e nas consequências de sua transmissão<sup>7</sup>, havia um consenso entre os pensadores do século XIII quanto a haver uma soberania popular originária, cujo exercício do poder só poderia ser transmitido por meio de contrato político, sendo que, ao encerrar o pacto, a comunidade recobriria seu direito de império; bem como o reconhecimento de um direito de resistência, já que o pacto político se tratava de uma relação com direitos e deveres para as duas partes pactuantes (povo e príncipe). (SICHES, 2003, p. 10)

Não se pode esquecer também do complexo sistema de relações contratuais que compõe o feudalismo. Os contratos feudo-vassálicos, relevante elemento da sociedade medieval, no qual senhor e vassalo contraem direitos e obrigações, demonstram a expectativa de fidelidade das partes (CASTRO, 2017, p. 120-127). Quando o contrato era descumprido, tornava justa a rebelião ou a repressão (MATTEUCCI, 1998, p. 281-282). E esta lógica também reflete nas relações estabelecidas com o poder político.

Assim, após eleição do rei ou dado o reconhecimento de sua sucessão, estabelecia-se uma relação bilateral de direitos e de deveres recíprocos (rei e povo) derivada do poder político. Era de responsabilidade do rei respeitar a lei e governar sob a vigilância do conselho de anciãos. Verificada uma atuação tirânica, ele deixava de ser visto como representante de Deus para configurar como instrumento diabólico, o que justificava uma reação por parte do povo: uma sanção que poderia ir da deposição ao tiranicídio (MATTEUCCI, 1998, p. 281-282).

## 2.2 DIREITO DE RESISTÊNCIA NO CONTRATUALISMO

A modernidade se caracteriza, dentre outras coisas, por dar uma nova organização à sociedade política, instituindo aquilo que se pode chamar de Estado moderno. Tendência marcante no direito público nesse contexto se trata das questões em torno da garantia do indivíduo em face do poder político. O processo de construção do Estado Moderno se fundamenta no desenvolvimento da concepção de direitos naturais e individuais, na ideia de Estado como ente necessário em face do estado de natureza, na propagação da concepção racionalista das teorias contratualistas sobre a origem do Estado, bem como no aprimoramento

---

<sup>7</sup> Havia controvérsia quanto ao poder, transmitido pelo povo, pertencer ao soberano, sem que o povo pudesse restituí-lo, ou se essa transmissão do poder se tratava de mera concessão do exercício do poder, que permanecia nas mãos do povo. (SICHES, 2003, p. 8)

das teorias que buscam a legitimação do poder político por meio do consenso ou da força física. (BUZANELLO, 2001, p. 86)

Em sentido amplo, “contratualismo” se refere às teorias políticas que encontram no contrato social a origem da sociedade e o fundamento de seu poder político, reconhecendo um marco entre estado natural e o estado social e político, no qual os indivíduos buscam uma estabilidade jurídico-social. Em um sentido restrito, o termo “contratualismo” diz respeito a uma escola de pensamento que surgiu entre na Europa entre os séculos XVII e XVIII. Elemento essencial da doutrina contratualista se trata da convicção na existência do estado de natureza, condição da qual o homem teria saído ao se associar, bem como da racionalização de uma teoria do Estado. (MATTEUCCI, 1998, p. 272-275)

O contratualismo moderno, então, se insere numa lógica de transcurso de racionalização do direito natural, bem como do Estado, de forma a limitar o poder de quem exerce o governo. Diz respeito não só a uma teoria global, que aborda a origem e as facetas dos pactos políticos e sociais, mas também da análise do contrato como um fato histórico, fragmento de um processo político que, mais tarde, vai resultar no constitucionalismo (MATTEUCCI, 1998, p. 281). Propõe-se a pensar nos pactos políticos a partir da disposição dos indivíduos com fim à estabilidade jurídica.

O jusnaturalismo moderno se desenvolve sob o reduto da Escola do Direito Natural, que racionaliza o conceito de direito natural adequando-o a nova visão de mundo, na qual Deus ocupa uma posição secundária. Deve-se a esta escola a criação da teoria política do Estado moderno, bem como a abordagem do direito natural ao direito público. Mais tarde, sistematiza-se uma ciência do direito, que fundamenta boa parte do direito público moderno. Na relação com o direito positivo fica designada uma preponderância do direito natural-privado ao direito positivo-público, exigindo a adequação do direito positivo ao direito natural, sendo que o contratualismo, então, vai desenvolver o direito de resistência dentro do positivismo jurídico. (BUZANELLO, 2001, p. 25-27)

Na concepção de Matteucci (1998, p. 272), os máximos expoentes do contratualismo foram Johannes Althusius (1557-1638), Thomas Hobbes (1588-1679), Baruch Spinoza (1632-1677), Samuel Pufendorf (1632-1694), John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e Immanuel Kant (1724-1804). E deles surgiram teorias diversas sobre o contrato social, alguns a desenvolveram sob o ponto de vista antropológico, considerando a origem do homem “civilizado”<sup>8</sup>; outros a fizeram numa perspectiva racional e jurídica, estabelecendo no

---

<sup>8</sup> O conceito de “civilizado” é uma construção eurocêntrica/ocidental, na qual a “civilização” se aproxima do modo como vivem os países centrais e “incivilizados” são os que possuem cultura diversa. Nas palavras de Hall (2016,

consenso a fundamentação da obrigação política; e outros apenas vislumbraram o contrato como instrumento de ação política limitador do poder (MATTEUCCI, 1998, p. 272)<sup>9</sup>.

Embora a teoria do alemão Johannes Althusius não seja tão popular no Brasil quanto em relação aos demais, seus estudos foram fundamentais no que tange à temática contratualista, principalmente para a discussão acerca do federalismo. O autor imaginou o contrato social a partir da premissa de que os indivíduos são impotentes e por isso precisam se associar para sobreviver<sup>10</sup>. Para Althusius existe um conjunto de diversas associações entre os indivíduos (família, corporações etc), que estabelece a estrutura social e, por consequência, a ordem política (TEIXEIRA JÚNIOR, 2016, p. 103).

Althusius faz a distinção entre dois contratos, o pacto social e o pacto político. O primeiro constitui a sociedade civil, o segundo a relação entre o poder público e os sujeitos. Este pacto não se trata de um contrato de servidão, não representa submissão a uma autoridade suprema, pois a soberania pertence à comunidade de forma inalienável e imprescritível. Assim, quando o príncipe ocupa o poder é por meio de mera delegação, em virtude da qual os indivíduos lhe devem obediência. A obediência, então, não significa servidão, a palavra “servo” sequer pode ser cogitada, uma vez que é a própria comunidade quem designa sua representação, que não passam de administradores da coisa pública, já que a sociedade não pode falar por si mesma. (SICHES, 2003, p. 22)

O autor calvinista inova em reconhecer, num contexto de teorias absolutistas, a necessidade da submissão do soberano não apenas à lei natural, como preponderou no período medieval, mas também à lei civil. Althusius caracteriza a tirania como a desobediência do rei à lei, indicando como remédio a máxima de que o direito devesse prevalecer sobre a política. O

---

p. 348): “O discurso “o Ocidente e o Resto” está longe de ser unificado ou monolítico, sendo a “divisão” uma característica frequente. O mundo é, primeiramente, dividido simbolicamente entre bom e ruim, nós e eles, atrativo ou repelente, civilizado ou incivilizado, o Ocidente e o Resto. Todas as outras diversas diferenças entre e dentro dessas duas metades são fundidas e simplificadas, ou seja, tornam-se um estereótipo. Com essa estratégia, o Resto vem a ser definido como tudo o que o Ocidente não é, sua imagem invertida. É representado como absolutamente, essencialmente diferente: o Outro.

<sup>9</sup> “Se a estrutura do pensamento dos contratualistas usa a mesma sintaxe, as soluções políticas a que eles chegaram são profundamente diversas; é possível indicar três correntes claramente diferenciadas. Temos, em primeiro lugar, a corrente absolutista (Hobbes, Spinoza, Pufendorf); trata-se de um absolutismo que pretende ser claramente diferente do despotismo, pois vê nas ordenações do Estado, não a expressão de uma vontade caprichosa e arbitrária, mas a consequência de uma lógica necessária, enquanto racional, relativa aos fins, visando ao bem de cada cidadão. Na vertente oposta, encontramos a corrente liberal (Locke, Kant) que propõe o controle e limitação do poder do monarca pelas assembleias representativas, às quais é confiado o poder de legislar. A corrente democrática é minoritária; teoricamente aprofundada apenas por Rousseau, apresenta uma solução que, em certos aspectos, está muito mais próxima da absolutista que da liberal, porquanto tende a conformar os indivíduos com a racionalidade da soberana vontade geral.” (MATTEUCCI, 1998, p. 281)

<sup>10</sup> Não há como negar a influência da concepção aristotélica quanto ao homem ser um animal político. No primeiro livro de sua obra Política, Aristóteles desenvolve a ideia de que o homem é um animal político e social, abordando questões quanto à sua sociabilidade desde a família até seu envolvimento com a *polis* – estrutura política capaz de emancipar o indivíduo da autoridade doméstica, tornando-o protagonista da vida política. (ARISTÓTELES, 1998)

instrumento para oposição à tirania, então, seria a resistência, direito legítimo, segundo o autor (ALTHUSIUS, 2003), quando a violação à lei fosse nítida ou quando, excepcionalmente, a autoridade violadora estivesse ciente da violação e mesmo assim optasse em permanecer nessa condição.

Althusius chegou a desenvolver a ideia de resistência passiva e ativa. A primeira dizia respeito ao direito que cada súdito tinha de não acatar as ordens dos tiranos, uma vez que seria contrário às normas divinas. A segunda se tratava do direito do povo em rebelar-se, prerrogativa que deriva dos fundamentos do contrato: a ideia de que o poder político pertence, em origem, ao povo e de que soberano é o direito natural, cuja existência advém de Deus. É preciso ressaltar, no entanto, que este direito de resistência não poderia ser exercido diretamente pelo povo, sendo necessário que fosse praticado pelos éforos<sup>11</sup>, agindo colegialmente, ou sob seus comandos (ALTHUSIUS, 2003).

Hobbes, por sua vez, vê na consolidação da sociedade civil e na transmissão do poder um só contrato: o pacto de submissão (SICHES, 2003, p. 23). O autor vê no contrato social a solução para evitar a anarquia, sendo obrigação dos súditos a obediência, haja vista ser do interesse deles angariar benefícios para a vida social. Hobbes é conhecido especialmente pela sua consideração acerca da essência humana, segundo a qual o homem em estado de natureza seria o destruidor de si mesmo, necessitando da intervenção de um poder soberano e absoluto, o que difere o estado de selvageria (natural) para o “civilizado” (social) (HOBBS, 2014).

A própria adoção do termo “súdito” já enuncia o compromisso de sua teoria em corroborar com o polo da obediência em detrimento da resistência, e isto se deve a relevância que o pensador dá a ideia de ordem (HOBBS, 2006). A simples ausência do soberano, para Hobbes, configura anarquia. Nesse sentido, afirma ser melhor a tirania do soberano do que a insegurança causada pela falta de leis no estado natural, que carece de poder político apto a exigir o cumprimento das leis naturais (BUZANELLO, 2001, p. 38).

Na teoria de Hobbes o direito natural não deve atuar para limitar o poder político, mas, ao contrário, para reforçá-lo. Os indivíduos associados, então, se submetem incondicionalmente ao soberano<sup>12</sup>, tendo ele poder irrevogável, ilimitado, indivisível e irresistível (BUZANELLO, 2001, p. 40). Isso porque, como uma das funções do soberano é manter a paz, goza de

---

<sup>11</sup> Os “éforos” eram figuras de liderança que compartilhavam o poder com os reis.

<sup>12</sup> “A submissão das vontades de todos os homens à vontade de um ou de um conselho, produz-se quando cada homem está obrigado, por um contrato, para com todos os outros, a não resistir à vontade daquele homem ou conselho a quem se submeteu [...] aquele que submeteu sua vontade à vontade de outro transfere a este o direito sobre suas forças e faculdades, de tal maneira que, quando todos os outros fizerem o mesmo, aquele a quem estão submetidos terá tamanho poder que, através do terror suscitado, poderá condicionar às vontades individuais à unidade e à concordância. (HOBBS, 2006, p. 87)

impunidade em tudo o que fizer em prol dela, considerando que só ele possui o direito de ponderar aquilo é bom ou não para o Estado. Neste caso, só é permitida a resistência se verificada sua incapacidade de manter a ordem, ou seja: inefetividade (MATTEUCCI, 1998, p. 280-281), o que, até mesmo em teoria, seria difícil de constatar.

Ponto importante na teoria hobbesiana diz respeito aos propósitos e expectativas depositadas no contrato. Se o indivíduo ingressa na sociedade política fundado numa necessidade racional de autopreservação, como supõe Hobbes (2014), significa que o faz na busca primordial de se sentir seguro. Nesse caso, abdicaria de seus direitos em troca da segurança política e jurídica fornecida pelo soberano<sup>13</sup> (HOBBS, 2006). Tal constatação demonstra que, embora Hobbes proponha um pacto fundado na associação, é também um pacto de submissão, uma vez que, ao darem seus consentimentos, os indivíduos se submetem por completo à autoridade do Estado (BUZANELLO, 2001, p. 44-46).

A atribuição ao soberano de poder onipotente torna-se proporcional à exigência de obediência aos súditos, mesmo que seja por intermédio do terror ou da morte, o que é justificável, para Hobbes, diante da necessidade de governar. O medo e a força constituem, nessa perspectiva, fundamentos de legitimidade de manutenção do poder, que, contraditoriamente, se funda na premissa de preservação da ordem e da promoção da felicidade. As guerras externas e as rebeliões internas são, então, vistas como empecilho para o objetivo do Estado, sendo a obediência associada com aquilo que é honroso (HOBBS, 2006).

Nessa perspectiva, pode-se considerar que a teoria hobbesiana não comporta a resistência no que diz respeito à ordem política, indicando que qualquer resistência confronta o interesse coletivo representado pela vontade soberano. Diferente de Althusius, Hobbes combateu a ideia do tiranicídio, acreditando se tratar mais de uma forma de dissolução do Estado do que de resistir ao poder tirano. No que tange à perspectiva individual, Hobbes admitiria a possibilidade de resistência quando tensionado o direito de autopreservação da vida, no entanto, retoma a narrativa de que o pacto obriga ao súdito a obedecer às ordens do soberano, independente do conteúdo do ato (HOBBS, 2006).

Espinoza, por outro lado, estabelece sua teoria acerca do contrato social não como um acordo de vontades que marca a transição do estado natural para o estado social, mas como um

---

<sup>13</sup> “A segurança jurídica hobbesiana não é uma expressão equívoca, pois deve ser entendida principalmente como segurança do Estado na sua proteção contra qualquer conspiração que ameace a ordem. Para isso, o Estado deve dispor de regras e instituições próprias que também enlacem os súditos, pois o respeito reiterado ao soberano forja efetivamente o respeito a outrem. A segurança se estabelece na observância da lei fundamental, suporte maior do Estado e dos súditos. A segurança do povo está na lei suprema (lei fundamental do Estado), que contém todos os direitos e deveres do soberano e dos súditos. O que faz a lei é ordenar a conduta comum”. (BUZANELLO, 2001, p. 48)

índice de consenso que deve ser renovado constantemente pelo Estado perante o povo (CHAUÍ, 2003, p. 314). No pensamento spinozano, o contrato “representa uma mera imagem do processo de constituição da potência da multidão e sua institucionalização por intermédio da organização política” (GUIMARÃES; ROCHA, 2014, p. 184).

Contraopondo-se a Hobbes, Spinoza não reconhece a transmissão do poder político dos indivíduos para o soberano de forma permanente, de maneira que renuncia a possibilidade de julgamento daquilo que é justo ou injusto, ou mesmo seus direitos ilimitadamente, o que seria renunciar sua própria humanidade (GUIMARÃES; ROCHA, 2014, p. 184). Assim, enquanto para Hobbes o Estado tem como fim a garantia da ordem e da segurança, para Spinoza ele teria por objetivo a garantia da liberdade. Enquanto Hobbes trata do contrato sob a ótica do governante, Spinoza teria construído sua teoria sob o ponto de vista dos governados (BOBBIO, 2012, p. 144).

Defendeu Spinoza (2009) que diante de um Estado que não procura renovar o consenso do povo, deve haver resistência, que, neste caso, não é só desejável, mas necessária, pois a contínua aceitação de um governo é pressuposto para que haja obediência por parte dos governados. Na teoria spinozana, resistência não significa apenas contrariar ou romper determinado pacto, mas a recomposição dos fundamentos da organização política. Assim, quando há desobediência a um governante que não reconhece a necessidade de contínua restauração do consenso, haveria um direito de resistência sustentando este essencial processo de constituição e de renovação (GUIMARÃES; ROCHA, 2014, p. 184).

Outra importante forma de resistência abordada por Spinoza se trata da institucionalização de mecanismos de constituição do consenso na órbita interna do Estado. E aqui há que se reconhecer o contexto histórico-social no qual se insere o autor, bem como as influências de Maquiavel sobre o seu pensamento. Spinoza aponta para a necessidade de levar os governantes, por qualquer meio que se faça necessário, a governar de acordo com a vontade da multidão. E, para tanto, o autor sugere até mesmo que a população tenha armas sob seu controle<sup>14</sup>. Trata-se da garantia do direito natural do povo diante das ameaças do poder monarca. (SPINOZA, 2009)

---

<sup>14</sup> “Com isso o pensador holandês antecipa uma tese constitucional consagrada: a da subordinação das forças militares ao poder civil e aos procedimentos democráticos. Esta tese tem duas funções: evitar a instituição de corporações militares que afirmem seus próprios interesses contra os do Estado e se constituam em um ‘[...] império dentro de um império [...]’; e produzir no monarca o afeto do medo da multidão, necessário para que ela seja habitualmente consultada pelo monarca e que as decisões políticas não sejam assunto exclusivo de gabinetes oligárquicos.” (GUIMARÃES; ROCHA, 2014, p. 208)

Quanto ao contratualismo de Pufendorf, sua teoria parte da premissa de que o estado de natureza que antecede ao contrato é de paz e não de guerra. Diante da degeneração do estado de natureza que ocasionou um estado de guerra, não haveria remédio mais eficaz para conter a maldade humana do que o fornecido pelos Estados (estado civil) (PUFENDORF, 2007). Nesse caso, para o autor, todo homem teria o dever de preservar a sociabilidade, obrigação esta que se dá diante de Deus, de si mesmo e dos outros homens (SAHD, 2009). A obrigação resultante do contrato ensejaria obediência irrestrita por parte dos cidadãos ao governante e a manutenção do Estado e de suas instituições por parte deste, o que inclui a segurança dos governados.

O autor inova ao pensar que o contrato social e pacto político de cessão da soberania introduzem um novo contrato. Assim, os três contratos pufendorfianos seriam: i) o contrato social, por meio do qual se funda a comunidade política; ii) o contrato em que, atuando como uma pessoa jurídica, a comunidade decide a forma de governo; e iii) o contrato de submissão, pelo qual a comunidade cede o poder a pessoa ou às pessoas que estabeleceu no contrato anterior, e neste momento se dissolve a comunidade, existindo apenas indivíduos e soberano. (SICHES, 2003, p. 23-24)

O dever de obediência para Pufendorf (2007) é exigência pela qual o homem deve se submeter para se tornar cidadão, de forma a renunciar a liberdade e se sujeitar a autoridade em tamanha confiança que a ela disponha o direito de vida ou de morte. Assim, embora faça menção a possibilidade de desobediência dos cidadãos às ordens do governante que sejam repugnantes ao comando de Deus, defende a fuga e busca de proteção em outro Estado ao invés da resistência. Se a fuga não for possível, afirma Pufendorf que é aconselhável que o resistente seja morto, uma vez que a ordem social é ameaçada quando há grandes tumultos diante de revoltas (SAHD, 2009).

Diante de todas as teorias contratualistas apontadas até então que respaldam ou corroboram, de alguma maneira, com o absolutismo, surge a proposta de Locke, primeiro autor moderno a teorizar e defender, de fato, o direito de resistência, associando-o com a ideia de soberania limitada (BUZANELLO, 2001, p. 64). Na concepção lockeana, o homem nasce livre, condição que o permite pactuar, assim, quando os indivíduos decidem viver em sociedade, não o fazem na busca de reconhecimento de direitos, mas de sua manutenção. Para tanto, abrem mão de seu poder individual, transmitindo-o ao Estado, que, em contrapartida, dever garantir a liberdade e a propriedade privada, uma vez que o homem possui domínio absoluto sobre os seus bens (LOCKE, 1998).

Fator nuclear da proposta de lockeana está na necessidade de preservação da liberdade dos indivíduos<sup>15</sup>, direito do qual já desfrutavam em estado natural e de onde derivam outros direitos. Assim, o poder político deve ser limitado e constituído por meio de consentimento, haja vista que os indivíduos é que elegem o governo, devendo controlá-lo de forma permanente. O fundamento do pacto está na segurança jurídica e se legitima na medida em que o governo cumpre a função que lhe foi delegada na constituição do pacto: garantir o espaço de liberdade individual e o bem comum. (LOCKE, 1998)

Na visão de Locke (1998), a restrição ao poder do soberano existe em duas perspectivas: por meio da existência do direito natural, cujo reconhecimento representa segurança de proteção aos direitos individuais; e por meio do próprio poder que, quando dividido (funções de estado)<sup>16</sup>, funciona de maneira que cada uma de suas partes restringe a atuação da outra. No que tange à supremacia do direito natural, cabe aos indivíduos e não apenas ao soberano interpretá-lo, atuando os indivíduos como instrumento de ponderação das ações do governo. Sobre a fragmentação do poder, a ideia foi melhor desenvolvida e sistematizada por Montesquieu.

Para Locke (1998), existia um pacto de associação, mas não um de submissão, o que torna possível a invalidação do governo sem que isto implique na dissolução da sociedade civil. Embora preveja direitos e obrigações aos contraentes, a renúncia dos direitos e mesmo a obediência ao governo são limitadas, de forma que o direito de resistência constitui para o cidadão instrumento de defesa e para o Estado, mecanismo de aperfeiçoamento. Se os governos são instituídos com fins de proteção aos indivíduos, agindo de forma oposta, deixa de ser devida a obediência. E, caso o governante insista em se manter no poder, a resistência é mais do que um direito, se constituindo, na concepção de Locke, em um dever<sup>17</sup> (BUZANELLO, 2001, p. 77).

O direito de resistência é reconhecido por Locke em situações de destituição do governante, de dissolução do parlamento e de reação à agressão externa (estrangeira). Baseado na teoria lockeana, Buzanello (2001, p. 78-81) elenca que seria possível opor resistência de forma legítima: i) diante de uma ação inimiga (interna ou externa) de usurpação do poder ou da

---

<sup>15</sup> “Para entender o poder político corretamente, e derivá-lo de sua origem, devemos considerar o estado em que todos os homens naturalmente estão, o qual é um estado de *perfeita liberdade* para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem.” (grifos do autor) (LOCKE, 1998, p. 381-382)

<sup>16</sup> Embora seja recorrente o uso da expressão “separação de poderes, trata-se da separação de suas funções, uma vez que o poder estatal é uno e apenas se subdivide no que diz respeito ao exercício de suas funções.

<sup>17</sup> “A resistência, em Locke, além de um direito, torna-se, conforme as circunstâncias, um dever dos indivíduos, para desencadear a resistência e dissolver e formar governos decididos a fazer do Estado um poder a serviço das liberdades inscritas em cada indivíduo.” (BUZANELLO, 2001, p. 83)

propriedade; ii) quando há abuso de poder por parte do governante<sup>18</sup>, do legislativo ou do magistrado; iii) quando há omissão do governante na execução do contrato social, o que configura abandono da soberania. Percebe-se que a lógica da resistência, então, se fundaria na má constituição do governo, exceto as hipóteses vinculadas a agressão externa, as quais independem do governante.

Rousseau, por sua vez, embora seja o mais democrático dos contratualistas, não enfrentou a questão da resistência enquanto instituto, acreditando ter ultrapassado, com sua teoria, a necessidade de constituir resistência à opressão. A negação ao direito de resistência obedece a uma lógica: não existe a possibilidade de opressão por parte do governo se a sociedade é governada pela vontade geral. Isso porque na teoria rousseauiana<sup>19</sup> o governo deve ser exercido pelo povo, sem que haja intermediários (governantes). (ROUSSEAU, 2007)

Na concepção rousseauiana o Estado aparece como uma síntese das liberdades individuais, não porque possa representar todas elas, mas porque, ao pactuar, os indivíduos renunciam a todos os seus direitos em prol do bem comum da comunidade. Rousseau acreditava que, dando-se previamente por inteiro, a condição de igualdade se estabelece a partir de então, não restando ônus ou desigualdades. Trata-se não do atendimento desta ou daquela vontade individual, mas de um conteúdo abstrato, formado *a priori*, sob o qual todos devem obediência, pois cada membro compõe uma parte indivisível de um todo. (SICHES, 2003, p. 29-30)

Alguns autores chegaram a utilizar a expressão “radicalismo democrático”<sup>20</sup> ou “absolutismo democrático”<sup>21</sup> para se referirem a teoria rousseauiana, tecendo crítica, principalmente pela forma com a qual Rousseau apresenta o ideal que supõe democrático, fundamentando a manifestação da vontade geral. Isso porque, em determinados momentos, cria-se margens de imposição dos interesses das majorias sobre as minorias sem que se leve em conta, de fato, o bem comum<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> A diferença entre um rei e um tirano, nessa perspectiva, estaria na obediência ou não à lei, o primeiro faz da lei o limite ao seu arbítrio, o segundo faz da lei um limite apenas para os cidadãos (LOCKE, 1998).

<sup>19</sup> “Para Rousseau, o contrato não é um fato histórico, mas um critério de explicação de origem da ordem jurídica.” (REALE, 1998, p. 650).

<sup>20</sup> Expressão utilizada por Miguel Reale em seu livro *Filosofia do Direito* (REALE, 1998, p. 650).

<sup>21</sup> Expressão utilizada por Paupério em seu livro *O direito político de resistência*. Comenta o autor: [...] “endeusando a vontade geral, caiu Rousseau no que podemos chamar o absolutismo democrático, tão perigoso quanto monocrático, e que se tornou, como é óbvio, incapaz, igualmente, de eliminar opressão.” (PAUPÉRIO, 1997, p. 170).

<sup>22</sup> Embora proponha um pacto minimamente democrático, Rousseau não está desvinculado dos ideais liberais. Os apontamentos quanto radicalismo ou absolutismo democrático se devem a passagens como: [...] “O cidadão consente todas as leis, mesmo as que são aprovadas sem o seu consentimento, inclusive aquelas que o punem quando ele ousa infringi-las. A vontade constante de todos os membros do Estado constitui a vontade geral; é devido a ela que se tornam eles cidadãos livres. Quando uma lei é proposta na assembleia do povo, o que se lhe pergunta não é precisamente se todos aprovam a proposição ou se a rejeitam, mas sim se está ou não conforme à vontade geral, que é a deles. Cada qual, dando o seu voto, profere seu parecer, e do cálculo dos votos extrai-se a

Kant, então, reelaborando as ideias de Rousseau, por quem sentia grande admiração, tece sua teoria acerca do contrato social a partir da consideração de que ele se trata de uma ideia que regula a razão prática, ou seja, o Estado deve ser constituído por meio de um pacto regido pela vontade geral, por ele denominada de razão pura. Os pactuantes não são, de fato, os sujeitos considerados enquanto seres empíricos, mas entes de razão pura, que pensam a partir de uma máxima universal e não de interesses particulares. (SICHES, 2003, p. 32)

O contratualismo de Kant também não admite o direito à resistência. Não porque vê com otimismo a sua desnecessidade, mas porque se o pacto social decorre de uma disposição dos indivíduos em busca de segurança e estabilidade das quais, segundo autor, não dispunham no estado de natureza, seria contraditório admitir que pudesse, ao mesmo tempo, autorizar mecanismos que questionassem o poder institucional estabilizador. Mas, diferente dos contratualistas absolutistas, Kant não demonstra pretender sustentar autoritarismos, ao que parece, temia a retomada do estado de natureza, especialmente diante da revolução<sup>23</sup>, que procura romper com a ordem vigente. (KANT, 2008)

No contrato desenvolvido por Kant, decorrente das ideias de Rousseau, também há a reunião das vontades individuais em uma vontade geral *a priori*, mas que se manifesta por meio do soberano. A partir da constituição do pacto, o exercício da soberania não mais pertence ao povo, que deve cumprir com as suas obrigações de obediência às leis, mas ao legislativo (KANT, 2013). Importa esclarecer, nesse caso, que o exercício da soberania é exercido pelo legislativo, mas que a titularidade pertence aos cidadãos, embora isso não dê a eles a prerrogativa de deter o exercício do poder quando assim o entenderem.

Para Kant o soberano detém em suas mãos a coação legítima, sendo a especulação sobre a origem do poder ou mesmo o questionamento da lei por parte do súdito, por si só, uma violação do dever de obediência. Ao pactuar, o homem teria abandonado por inteiro a sua liberdade primária para se colocar numa relação de dependência legal. Nesse caso, aquele que

---

declaração de vontade geral, que é a deles. Portanto, quando a opinião contrária à minha vence, tal coisa apenas prova que eu me enganei, e que aquilo que eu imaginava ser a vontade geral não o era. Se o meu particular modo de ver prevalecesse, eu teria feito o que não desejava, e então eu teria sido livre.” (ROUSSEAU, 2014, p. 127)

<sup>23</sup> Sobre a recorrente contradição apontada pelos estudiosos acerca de Kant ser contrário à resistência, mas de alguma maneira tratar da Revolução Francesa com um certo entusiasmo, Morita faz interessante consideração: “A melhor forma de abordar esse problema é considerando a particular interpretação de Kant da Revolução Francesa, primeiro demonstrando como ele compreende o valor desse fato histórico na sua relação com o progresso humano em geral. Em seguida, pode-se considerar, de modo mais específico, a visão de Kant sobre as ações de Luís XVI, tal como apresentado na Rechtslehre. Especialmente numa nota de rodapé ao parágrafo 52, Kant procura comentar, de uma maneira relativamente astuta, o episódio da Revolução Francesa, **sustentando, na verdade, que se tratou de uma reforma** – cujo estopim e justificativa se fez com base numa convocação do povo pelo próprio monarca. [...] No caso específico da Revolução Francesa, **Kant interpretou essa ocorrência histórica grandiosa como uma reforma incomum, que não rompeu com a ordem civil e nem caiu na barbárie de reinstaurar o estado de natureza entre os seres humanos.**” (grifo meu) (MORITA, 2018, p. 94-95)

resiste à lei, ataca, no fundo, a sua vontade legisladora, não sendo possível uma resistência legítima. Para que isto fosse possível, seria necessário a promulgação de uma lei pública que a permitisse, o que seria contraditório já que, segundo Kant, admitir a resistência contra si mesmo é renunciar a sua própria soberania (BOBBIO, 2004, p. 44-45).

Percebe-se que o contratualismo moderno apresenta perspectivas distintas no que diz respeito ao direito natural: em Althusius, Hobbes, Spinoza e Pufendorf ele reside em certa prudência do governante; em Locke o direito natural determina o limite das ações do soberano, limite este que uma vez ultrapassado autoriza sua destituição do poder; em Rousseau e em Kant o direito natural se relaciona com a legitimidade do poder por meio da democracia (BUZANELLO, 2001, p. 25-26), embora para Kant persista alguma expressão do absolutismo, já que a vontade geral se manifesta por meio do soberano e ao povo não cabe reaver o exercício do poder.

Uma versão contratualista de perspectiva revolucionária e pouco conhecida, no entanto, é a de Marat, que problematizou a obrigação de obediência às leis em sua obra Plano de Legislação Criminal, publicada em 1780. Pautado na ideia de que “os males da anarquia seriam piores do que os males do despotismo” (MARAT, 2008, p. 74), o pensador reconhecia o surgimento do Estado na violência e na morte, diante da qual não restaria ao governante outra opção senão o uso da força, sendo o bem comum – a felicidade – um objetivo a ser alcançado por meio do pacto. A instituição do pacto social, contudo, se daria pela necessidade das pessoas em assegurar, por meio da atuação governamental, o gozo dos direitos que já detinham antes, no estado natural<sup>24</sup>. (MARAT, 2008, p. 74-75)

Marat (2008, p. 75) apontou em sua obra que o constante crescimento do número de membros do Estado sem que houvesse qualquer medida para prevenir o aumento de fortunas particulares fazia com que uma parte das pessoas se enriquecessem às custas de outras, o que resultava no acúmulo de riquezas em um certo número de famílias. Nesse contexto, denunciava Marat a existência de uma multidão de pessoas pobres que deixariam suas futuras gerações também na miséria. Assim, indagava Marat (2008, p. 75): “não conhecendo a sociedade a não ser por suas desvantagens, estarão obrigados a respeitar a lei?”. E a resposta era precisa em negar.

A justificativa para a desobediência pautava-se num critério de intensa desigualdade social, que, para Marat, reconduzia os governados ao estado natural, pois se para manter a

---

<sup>24</sup> “[...] Se renunciam à sua própria vingança é porque a entregam ao poder público; se renunciam à sua liberdade natural é para adquirir a liberdade civil; se renunciam a primitiva comunidade de bens é para possuir em propriedade alguma parte.” (MARAT, 2008, p. 75)

sociedade era necessário obrigar os governados ao respeito à ordem estabelecida, seria igualmente necessária a satisfação de suas necessidades básicas. Somente depois de ter cumprido com todas as suas obrigações com seus governados é que o governante adquiriria legitimidade para impor as ordens por ele julgadas necessárias, o que inclui o direito de exercer o poder punitivo. (MARAT, 2008, p. 75)

A proposta de Marat, de forma muito audaciosa para tal momento histórico, transpõe uma ideia de Estado e direito mínimos no âmbito penal, mas de Estado e direito máximos na órbita social, impondo uma inversão metodológica na interpretação do pacto social. Para Marat, a atividade omissiva do Estado em relação as garantias individuais é que poderia garantir proteção do indivíduo contra os poderes e abusos do próprio Estado. A relevante e irreconhecida contribuição de Marat para a discussão sobre o direito de resistência está em incluir como direitos fundamentais os direitos sociais, gerando, em determinada medida, uma prática lógica republicana e constitucionalista que só surgiria mais tarde, com o “liberalismo socialista”. (CARVALHO, 2008, p. 47-50)

### 2.3 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE RESISTÊNCIA

Se a sociedade política, segundo o contratualismo, teve origem no pacto social entre indivíduos, ela deve se apoiar em dois fundamentos: a legitimidade política, que se dá pelo exercício do poder por autoridade legítima; e a legitimidade jurídica, devidamente regulada por um sistema jurídico. A limitação do poder do governante se dá não só por meio do próprio poder, mas também pela divisão do poder e pela defesa dos direitos individuais, sistematizados como liberdades públicas e mais tarde, no fim do século XIX, denominados de “direitos fundamentais”. Dentre os direitos e liberdades reconhecidas se encontra a resistência, levada da posição de direito individual para direito fundamental, saindo da categoria fatídica para se submeter à institucionalização jurídica. (BUZANELLO, 2001, p. 91-93)

A institucionalização do direito de resistência, ou mesmo seus desdobramentos anteriores ao fenômeno constitucional, resulta em boa parte de seu caráter jusnaturalista – principalmente sob a perspectiva lockeana – e do processo de institucionalização do direito pelo Estado – transcurso positivista. Assim, a perspectiva jusnaturalista retoma a resistência como um direito natural, mas como não preenche as exigências da modernidade quanto à segurança jurídica, recorre-se ao positivismo para que a resistência atinja uma categoria de bem juridicamente protegido e não mais de retórica política. (BUZANELLO, 2001, p. 91)

É preciso observar que o estabelecimento do direito de resistência na modernidade se deve, inevitavelmente, pela condução das perspectivas liberais acerca dos direitos do homem e dos direitos do Estado, o que significa criar condições de interação entre a liberdade individual e o poder político, o contrapoder do indivíduo frente ao Estado. A institucionalização do direito de resistência, então, conta não só com uma estrutura moderna de Estado, mas com os institutos político-jurídicos decorrentes dessa estrutura. (BUZANELLO, 2001, p. 134)

Assim, os remédios contra ao abuso de poder sofrem um processo de constitucionalização, por meio dos institutos da separação de poderes e da subordinação de todo poder estatal ao direito, o que se pode chamar de constitucionalismo: o surgimento do Estado de direito. E aqui também é preciso entender a separação de poderes não apenas como a separação das principais funções do Estado entre os órgãos centrais (separação vertical), mas também a separação entre os órgãos centrais e os órgãos periféricos (separação horizontal) (BOBBIO, 2004, p. 63)

No processo de constitucionalização de direitos, no século XVIII, a resistência passou a compor as declarações de direitos, recebendo consagrada aceitação nos movimentos nacionais por independência e mais tarde as constituições das mais diversas nações ou mesmo de seus estados. Assim, como afirmou Carvajal (1991, p. 243-244), não é exagero dizer que a história do direito de resistência moderno, por vezes, se confunde com a própria história de desenvolvimento do direito público constitucional, uma vez que se trata da busca de uma norma jurídica que proteja a liberdade dos cidadãos diante do poder e das pretensões estatais.

Quase todas as constituições estaduais americanas reproduziram, com pequenas variações, a previsão da resistência. Na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776, há, em seu artigo III, a afirmação de que “se um governo se mostra inadequado ou é contrário a tais princípios (se refere à felicidade e à segurança), a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da maneira considerada mais condizente com o bem público” (EUA, 1776).

A Declaração de Independência dos EUA, também de 1776, sustenta que o povo tem o direito de alterar ou abolir o governo quando o identificar como uma forma destrutiva de poder, sendo direito e também um dever do povo rejeitar tal governo e prover, por meio de novas garantias, a segurança futura e a felicidade do povo<sup>25</sup> (TELLES JÚNIOR, 1955, p. 194).

---

<sup>25</sup>[...] “na Declaração, além do firme propósito político de criar um Estado livre, aparecem os elementos do progresso social a partir de um conceito individualista de homem. O reconhecimento do direito de resistência surge em momentos de reafirmação da independência contra o jugo inglês não apenas como direito, mas também como dever, pois o povo não pode contar com outras forças senão as suas.” (BUZANELLO, 2001, p. 140)

A Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, declarou em seu preâmbulo o direito de resistência. Nas suas emendas, ratificadas em 1791, dispunha também a limitação do poder estatal, prevendo a separação de poderes e declaração diversos direitos fundamentais (BUZANELLO, 2001, p. 135-136).

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, trouxe explicitamente em seu artigo 2º que a resistência à opressão compunha o rol de direitos naturais e imprescritíveis do homem, os quais toda associação política tinha a função de conservar, junto da liberdade, da propriedade e da segurança (FRANÇA, 1789). A Constituição Francesa de 1793, em consonância com a Declaração de 1789, embora não utilize o termo “resistência”, deixa claro, em seu artigo 11, que aos atos arbitrários tem-se o direito de utilização da força, bem como a previsão do direito à revolução, em seu artigo 35, quando autoriza a insurreição no caso do governante violar os direitos do povo (BUZANELLO, 2001, p. 136-137).

Os processos revolucionários norte-americanos e francês alteram de maneira significativa a trajetória da resistência - constituída enquanto direito, mas também enquanto dever -, não só por inserir, explicitamente, a expressão em suas normas, mas principalmente por não restringir a resistência à mera contestação. A garantia de direitos aos indivíduos e a separação de poderes imposta ao Estado estabelece a divisão da vida pública e privada, instituindo, além da resistência, novas formas de mudança do Estado (BUZANELLO, 2001, p. 140-141).

Aponta Telles Junior, no entanto, que, embora no início do processo de constitucionalização a tendência fosse a explícita positivação do direito de resistência à opressão, o movimento aponta rapidamente para um declínio, que pode ser notado com a Declaração dos Direitos e dos Deveres do Homem e do Cidadão, colocada no alto da Constituição Francesa de 1795<sup>26</sup>, que sequer fazia referência a expressão, notadamente substituída pelos “deveres”. (TELLES JÚNIOR, 1955, p. 195)

Fazendo uma progressão histórica, Telles Junior (1955, p. 196) demonstra como nas constituições francesas subsequentes o termo foi não só mantido em exclusão como surgiram dispositivos completamente contrários ao direito de resistência. Na Constituição Francesa de 1799, o artigo 92 dispunha que no caso de revolta armada ou perturbações quanto à segurança do Estado, era possível a suspensão do império da Constituição, ou seja: expressa autorização

---

<sup>26</sup> “Nas Disposições Gerais dessa Constituição, encontram-se dois expressivos artigos, a saber: ‘365. Todo ajuntamento armado é u m atentado à Constituição; deve ser dissolvido imediatamente pela força. — 366. Todo ajuntamento não armado deve ser igualmente dissolvido, primeiro por via de comando verbal, e, si fôr necessário, por meio da força armada’.” (TELLES JÚNIOR, 1955, p. 195)

para suspender os direitos dos cidadãos. No mesmo sentido foram as declarações e constituições subsequentes, havendo alguma menção a tal direito na Constituição da República Francesa de 1946, elaborada depois da dominação nazista, quando reafirma os direitos e as liberdades consagradas pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Com isso Telles Júnior (1955, p. 197) deseja demonstrar que a França, que foi o país por excelência dos Direitos do Homem, cujos filósofos, políticos e legisladores foram insistentes no direito de resistência à opressão, a partir de 1795, apresentou recuo quanto à proteção ao direito de resistência, ou, ao menos, um menoscabo. Acompanhando sua antecessora, a Constituição Francesa de 1799 - que sequer pode ser caracterizada como liberal, pondera Paupério (1997, p. 223) - não faz qualquer menção à resistência e prevê a suspensão de direitos individuais, caso se dê algum episódio de revolta.

A Constituição Francesa de 1814 vai ainda mais longe ao estabelecer em seu preâmbulo que quando o exercício da violência arranca concessões de um governo, caracterizado tal coisa como uma fraqueza do poder político, a liberdade pública estaria tão em perigo como o trono. No mesmo sentido, a própria constituição da Bélgica, de 1852, embora contivesse em seu projeto, no artigo 20, previsão de resistência aos atos ilegais da autoridade, preferiu vetar tal dispositivo sob a justificativa de se tratar de redundância, haja vista estar implícito o direito de resistência quando da menção a um governo representativo. (PAUPÉRIO, 1997, p. 223-224)

A Constituição Portuguesa de 1838, no entanto, em exceção ao movimento que esvaziava os documentos constitucionais do antes explícito direito de resistência, garantiu em seu artigo 25 a licitude aos cidadãos em resistir as ordens que infringissem as garantias individuais. No mesmo sentido se mantiveram as Constituições Portuguesas de 1911 e a de 1933. A Declaração de Direitos da República turca, por sua vez, embora não tenha utilizado a expressão, afirmou em seu artigo 1º que cabia ao povo decidir sobre o seu futuro, cabendo a ele a soberania, sem reserva e sem condição. (PAUPÉRIO, 1997, p. 224)

Aponta Paupério (1997, p. 224-225) que de 1795 em diante, a França teria, por meio de seu sistema constitucional, apresentado involução quanto ao tratamento dado ao direito de resistência. Tal desinteresse seria característico principalmente do período de pós-guerra, no qual as constituições, como um todo, vão relegando ao esquecimento o direito de resistência à opressão e aprimorando as medidas de repressão aos movimentos ditos insurrecionais (TELLES JÚNIOR, 1955, p. 197).

Mesmo depois, no contexto de pós dominação nazista, em que pareceria lógico que as constituições de muitas nações invocassem expressamente o direito à resistência como uma

resposta aos diversos abusos no exercício do poder, garantindo direitos fundamentais, os constituintes franceses pouco se empenharam para tal. No projeto da Constituição Francesa de 1946 até constava o direito de resistência, o que não vingou, sendo promulgada sem qualquer referência ao termo (PAUPÉRIO, 1997, p. 224).

Embora pareça que a resistência tenha perdido espaço nos ordenamentos jurídicos, haja vista o caráter omissivo das legislações ou da sua maneira de reconhecimento implícito, é preciso reconhecer que a posição também pode estar relacionada a uma certa cautela, pois mesmo na Itália, na constituinte de 1947, o direito de resistência compunha o projeto constitucional, mas o preceito não foi inserido sob a justificativa da insegurança quanto a interpretação desse direito diante da forte preocupação com o retorno do fascismo, que poderia se sustentar na própria resistência (BUZANELLO, 2001, p. 14-147).

Por outro lado, depois de 1945, diante das preocupações estabelecidas pelo exercício do poder político no contexto da Segunda Guerra Mundial, admitiram explicitamente o direito de resistência as Constituições de Hessen, Bremen e de Berlim. E, embora a Constituição de Bonn não trouxesse expressamente o termo resistência, reconhecia o caráter superior dos direitos fundamentais básicos, o qual o legislador deveria levar em conta, e que, por certo, incluiria, conforme Paupério (1997, p. 225), o direito a resistir às transgressões do Poder.

Na América espanhola, a Constituição da Argentina de 1853, com as reformas de 1860, 1898 e 1957, teria consagrado implicitamente, enquanto um princípio político fundamental, não só como direito, mas como um dever do povo, a resistência à opressão em defesa da ordem instituída, mesmo com o uso de armas. A Constituição cubana de 1940 reconhecia expressamente em seu artigo 40 ser legítima a resistência voltada para a proteção dos direitos individuais. A Constituição de 1945 da República da Guatemala, nos mesmos termos, dispôs explicitamente o direito de resistência em seu artigo 50. (PAUPÉRIO, 1997, p. 227)

Dentre as constituições americanas, contudo, a Constituição de El Salvador de 1950 se destaca no que diz respeito ao direito de resistência por não possuir similaridade com nenhuma outra naquela ocasião. O texto constitucional, em seu artigo 5º, garantia o direito de insurreição diante da violação da norma que previa a alternância no exercício da presidência, colocando-o não só como um direito, mas como um dever. Em seu artigo 175, assegura que o direito de insurreição, reconhecido pela ordem constitucional, não autoriza a revogação das leis, optando por afastar, na medida do necessário, os funcionários envolvidos nos atos que legitimam a insurreição, enquanto são substituídos dentro dos trâmites legais. (PAUPÉRIO, 1997, p. 227)

No Brasil, em nenhuma de suas constituições, nem mesmo na de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã, o direito de resistência se apresentou de forma expressa. Nesta, pode-se dizer que o direito de resistência está representado no direito à greve e na objeção de consciência, embora o texto constitucional mencione em seu artigo 5º, §2º que os direitos e garantias nele previstos não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotados, bem como o conteúdo dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

Aponta Buzanello (2001, p. 146) que após a Segunda Guerra Mundial o modelo paradigmático teria sido o proveniente da Alemanha, que pautava a resistência num modelo ético-político. Mas que, posteriormente, seria possível identificar suas variáveis, considerando que as fundamentações passaram a ser a alternância de poder, como em El Salvador; a defesa constitucional, como na Argentina; e a proteção aos direitos fundamentais, como em Cuba, Guatemala, França e Brasil.

Considerando que os totalitarismos soviético e nazifascista renegaram a premissa da Constituição como garantia política e jurídica, praticando atrocidades por vezes respaldadas pela órbita legislativa, o modelo constitucional clássico, tanto na versão liberal como na democrática, que se caracterizou por uma natureza mais jurídica, foi contestado e aprimorado por um modelo mais político. Nesse contexto de opressão política inserida no cenário da Segunda Guerra, a resistência está atrelada à oposição às forças dominantes que ameaçam os direitos humanos, o que significa dizer que se trata de reação política diante da violência do Estado contra a sociedade. (BUZANELLO, 2001, p. 147-151)

Necessário mencionar que, embora seja importante verificar as menções ao direito de resistência nas declarações e constituições modernas e contemporâneas, este não se limita à sua menção explícita nos textos jurídicos, está contido no direito material e na função social de suas prescrições, ou seja: o processo de institucionalização do direito de resistência está aquém do positivismo jurídico, uma vez que “se concebe como uma justificativa dinâmica de regras e princípios combinada com a axiológica do direito” (BUZANELLO, 2001, p. 93).

E mais, se a natureza da resistência é política e depois é que se estabelece no campo jurídico, é preciso reconhecer que a sua legitimidade se encontra tanto no campo político quanto no jurídico. Uma politização absoluta do instituto o esvaziaria enquanto instrumento de reação agora contido num Estado de Direito que se pretende democrático, portanto, estável em relação a sua institucionalização. A compreensão da resistência, então, requer uma análise tanto de suas propriedades jurídicas quanto dos seus instrumentos de ação política, sem que se desvincule dos valores éticos. E pode ser observada em manifestações diversas: violentas ou pacíficas,

contrariando ou não uma obrigação jurídica, negociações políticas ou rupturas de poder. (BUZANELLO, 2001, p. 152)

Com o processo de institucionalização da resistência, no entanto, alguns Estados afastaram por completo a possibilidade de seu exercício, sendo, ao contrário, criminalizada. Isso se dá pela compreensão de que as instituições estatais deteriam exclusivamente a legitimidade para lidar com as controvérsias do regime político, com a lei injusta ou com o exercício desvirtuado do poder (BUZANELLO, 2001, p. 141-142). Nesse caso, ao invés de se utilizar de resistência propriamente dita, caberia a cada cidadão ou instituição buscar dentro da compreensão do sistema jurídico recursos legais para sanar a demanda. Haveria alternativa quando tais recursos se mostram inócuos?

#### 2.4 DISCUSSÕES CONTEMPORÂNEAS SOBRE O DIREITO DE RESISTÊNCIA

Na concepção de Buzanello (2001, p. 153-155), contemporaneamente, o poder ensinaria obediência não só porque emana de uma de autoridade legítima, atendendo ao critério de validade, mas também porque é exercido em conformidade com o fim para o qual foi proposto, o que se vincula à legitimidade. A função jurídica na limitação do poder tem por base os limites estabelecidos pela própria constituição, que, formalmente, estabelece a descentralização de poder e enuncia os fins do Estado. No Estado de Direito existe uma necessária conexão entre legalidade e legitimidade, na perspectiva formal e material.

De acordo com o autor (BUZANELLO, 2001, p. 155-159) a legalidade está relacionada com a segurança jurídica, logo, se confunde com os fundamentos de organização do Estado. No processo de positivação das normas, o Estado não só exige a obediência, mas institui mecanismos de verificação de obediência da lei. A legitimidade, por sua vez, diz respeito não só ao consentimento das pessoas governadas, mas ao reconhecimento de que o governo não se afasta dos objetivos gerais para os quais se volta.

Para Buzanello (2001, p. 155-157), a legitimidade se aproxima do conceito de justiça, mas também do de consenso, pois o poder legítimo se funda na ideia de um bem realizável, que é capaz de instituir entre os membros da comunidade o comportamento que a ideia de bem comum exige. Assim, a análise sobre a legitimidade deve levar em conta que quando o Estado não apresenta respostas (atuação) convincentes para resolver o direito demandado, a estrutura de poder é colocada em xeque. Por certo que a resistência legítima também precisaria apoiar-se em alguns limites, evitando abusos do seu próprio exercício.

De forma crítica, afirma Buzanello (2001, p. 155) não ser suficiente que o poder seja apenas legal, sendo necessário que busque legitimação não só quanto à sua origem, mas também quanto ao seu exercício. Em relação a este, seria necessário ponderar se o poder é exercido de maneira condizente com os interesses da sociedade, uma vez que o poder só pode ser legítimo na medida em que atende ao consenso dos governados, protegendo determinados direitos considerados invioláveis.

O Estado liberal, que mais tarde seria democrático, caracterizou-se por um processo de recepção e regulamentação das exigências de contenção do poder do Estado advindas da burguesia em ascensão. A maior parte dessa delimitação se deu em nome ou sob o exercício do direito de resistência, processo que se confunde com o próprio processo de constitucionalização do direito de resistência. A constitucionalização dos instrumentos de delimitação do poder, nesse contexto, se deu por meio dos institutos da separação de poderes e da obrigação do próprio Estado de exercer seu poder dentro do limite de regras jurídicas (o estabelecimento de um Estado de Direito). (BOBBIO, 2004, p. 63)

Mais tarde, na transição do Estado Liberal para um Estado Democrático, outros dois remédios de contenção do poder se fizeram necessários: a constitucionalização da oposição e a investidura popular dos governantes (democracia participativa). Sobre a formação da oposição, vê-se como necessária por se tratar de um poder alternativo, que se apresentaria como um contrapoder, legítimo para atuar na fiscalização do exercício do poder vigente, atuando de forma lícita, dentro das regras do jogo jurídico-político. No que tange a investidura popular dos governantes, o instituto do sufrágio dito universal permite que o poder possa ser “derrubado” sem que para isso seja necessária uma revolução. (BOBBIO, 2004, p. 63)

Para entender em que circunstâncias a resistência seria legítima e quais são os seus limites, é necessário pressupor que cada pessoa está obrigada a um ordenamento jurídico, tendo o dever de se submeter a ele, o que se pode chamar de obrigação jurídica, no sentido lato da expressão (BUZANELLO, 2001 p. 158). Lembra Bobbio (2004, p. 19) que em tempos anteriores ao processo de constitucionalização de direitos, a única defesa contra a violação destes seria a resistência, pois igualmente um direito natural. Mais tarde, devidamente positivados os direitos humanos fundamentais, o direito natural de resistência teria se transformado no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado.

A ideia parece sensata se o aparato jurídico é dotado de amplas e rígidas garantias fundamentais, mas se torna insuficiente diante do imbróglio de como proceder quando o Estado não reconhece de forma satisfatória direitos fundamentais como bem jurídicos dignos de

proteção, ou quando não dispõe de mecanismos efetivos para tal, situação para a qual só restaria o nem tão superado assim direito de resistência (BOBBIO, 2004, p. 19). Afinal, quando os atos estatais refletem desprezo sistemático pela ideia de direito é que se caracteriza a legitimidade da resistência (BUZANELLO, 2001 p. 157).

Se nos séculos passados as teorias jurídico-filosóficas tinham como tema central o caráter lícito ou ilícito, legítimo ou ilegítimo, da resistência em suas várias formas, hoje a resistência deve ser pensada quanto à sua adequação à finalidade almejada, se as técnicas são adequadas para serem exercidas na ocasião que a enseja, se seria capaz de produzir efeitos menos danosos do que aqueles ocasionados pela opressão (BOBBIO, 2004, p. 65).

Diante de tantos instrumentos de contenção do poder, dentre os quais a divisão de poderes, a subordinação do poder estatal, a constitucionalização da oposição e a investidura popular dos governantes são os principais, o instituto da resistência parece superado, haja vista haver outros meios previstos pelo próprio ordenamento para contestar a ordem vigente. O poder do Estado parece ter alcançado suficiente fragmentação e meios de fiscalização que possam evitar o abuso de poder ou mesmo o déficit de legitimação.

Não se pode negar que a organização institucional atual reduz o risco de que o direito seja utilizado como instrumento de opressão, mas, como mencionado em momento anterior, o a contenção do poder político não é suficiente para limitar a atuação dos poderes que atuam sobre o corpo social com influência para conduzir as relações de dominação de determinados indivíduos, grupos, entes sobre outros. Esses poderes<sup>27</sup> (econômicos, ideológicos etc) interferem de forma significativa também na condução do poder político, por exemplo, considerando que as eleições periódicas não são capazes de garantir a participação e a representação de determinados grupos que, embora sejam chamados de minorias, por vezes, representam, em número, a maioria da população.

A democracia poderia ser suficiente para garantir o exercício legítimo do poder ou, ao menos, que este seja restaurado por meio dos instrumentos por ela previsto? A resposta é, de fato, complexa. A atuação legítima não só do poder político, mas dos poderes fundamentais que são exercidos sobre o corpo social, depende da existência de uma democracia em seu sentido

---

<sup>27</sup> Bobbio (2012) descreve três formas de poder que contribuem conjuntamente para instituir e manter sociedades desiguais: o político, o econômico e o ideológico. O poder político “é uma definição que se refere ao meio de que serve o detentor do poder para obter os efeitos desejados” (p. 82). O poder econômico, por sua vez, diz respeito àquele “que se vale da posse de certos bens, necessários ou percebidos como tais, numa situação de escassez, para induzir os que não os possuem a adotar uma certa conduta consistente principalmente na execução de um trabalho útil” (p. 82). O poder ideológico, por fim, “é aquele que se vale da posse de certas formas de saber, doutrinas conhecimentos, às vezes apenas de informações, ou de códigos de conduta para exercer uma influência sobre o comportamento alheio e induzir os membros do grupo a realizar ou não realizar uma ação (p. 82-83).

mais amplo, que não se resume à descentralização do poder, à participação do povo no governo de forma representativa, do estabelecimento de limites ao poder político no texto constitucional ou da criação de instituições que fiscalizem a atuação do poder estatal. (CARVAJAL, 1991, p. 244)

Do ponto de vista institucional, a contemporaneidade se caracteriza por um processo, nas palavras de Bobbio (2004, p. 64), de “remonopolização do poder econômico, através de progressiva concentração das empresas e dos bancos”, mas também de uma “remonopolização do poder ideológico, através da formação de grandes partidos de massa”. Significa que, embora o poder do Estado tenha se estruturado de forma descentralizada, outros setores detém o monopólio de poderes fundamentais da dinâmica social.

Bobbio (2004, p. 64) chama atenção para o fato de que nos séculos passados havia a ilusão jurídico-institucional de que o sistema político era dominante na sociedade, portanto seria suficiente que se buscassem remédios aptos a controlar o poder político para que as questões relacionadas ao poder fossem delimitadas. Hoje, no entanto, não restam muitas dúvidas quanto ao sistema político ser um subsistema do sistema global, o que significa que o controle do sistema político - se é que há, de fato - não implica absolutamente no controle do sistema global.

A dificuldade em considerar o direito de resistência como instrumento possível na contemporaneidade se deve não só pelas características estruturais do atual modelo de Estado, que prevê mecanismos institucionais de contenção do poder e de reparação de violação de direitos, mas também porque nos séculos passados as situações de opressão que tendiam a se estender sobre toda a sociedade, ou sobre a maioria dela, hoje se estende de maneiras distintas sobre determinados grupos, o que dificulta não só a identificação do opressor – que antes detinha de maneira centralizada o poder -, mas também da união entre a maioria (GARGARELLA, 2007, p. 12-13)

Corroborando com as ideias de Bobbio quanto a existência de outros poderes determinantes na estrutura social, Gargarella (2007, p. 13) argumenta que embora o poder político tenha sofrido um processo de descentralização, o contexto de dominação persiste, mas o exercício do poder se dá de maneira múltipla e dispersa, advém de vários setores, o que, certamente, dificulta a resistência em termos práticos. Se antes era possível reconhecer a origem do padecimento do poder, hoje há dificuldade também em reconhecer a origem da opressão.

Aponta o constitucionalista (GARGARELLA, 2007, p. 13-14) que um outro fator importante que distingue a resistência dos séculos passados ao contexto contemporâneo tem a ver com a fragmentação social, que reproduz a fragmentação do poder político. A maioria das sociedades contemporâneas está dividida em grupos, alguns dos quais se encontram em pior

condição que os demais e, por isso, estão mais suscetíveis às nuances do poder deslegitimado. E a questão deve ser pensada não só porque as opressões refletem nos grupos em diferentes graus, mas porque podem não prejudicar muitos outros grupos e, ao mesmo tempo, favorecer outros grupos, o que, claro, dificulta a mobilização geral pela resistência.

Mas Gargarella (2007) vai adiante, além das ressalvas quanto à distinção do direito de resistência no passado e na contemporaneidade e das problematizações, na esteira de Bobbio (2004, p. 64), sobre os motivos pelos quais o referido direito teria se ausentado das legislações constitucionais, o autor se propõe a pensar sob quais condições seria legítimo resistir ao direito no contexto atual, levando em consideração não só os instrumentos jurídico-institucionais disponíveis, mas a realidade das sociedades democráticas, principalmente na América Latina.

Gargarella desenvolve sua teoria a partir do questionamento se aqueles que vivem sistematicamente em condições de pobreza extrema teriam o dever de obedecer ao direito. De início, a hipótese parece absurda, porque aparentemente autorizaria boa parte da população de países periféricos<sup>28</sup> à desobediência, mas diante da ponderação de que para este grupo o direito pode ter sido, desde sempre, um instrumento que corrobora com a opressão a qual estão submetidos, a argumentação abre caminho para se constituir. (GARGARELLA, 2007, p. 3)

Se historicamente a resistência tende a aparecer relacionada às ideias de inalienabilidade de direitos básicos; de que a autoridade só pode ser legítima diante do consenso dos governados; e de que diz respeito a um dever do governo de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, os conceitos convergem no sentido de que a resistência se legitima em situações de alienação legal. Gargarella entende, assim, que nessas situações o direito começa a servir a propósitos contrários àqueles que justificam a sua existência, motivo pelo qual a possibilidade de resistência deve ser considerada. (GARGARELLA, 2007, p. 5-7)

Embora haja interpretação diversa do que venha a ser a alienação legal, em regra, as análises são feitas sob o enfoque de razões substantivas, ou seja, ponderando as ofensas cometidas pelo direito contra os interesses objetivos das pessoas. Gargarella argumenta, no entanto, que da modernidade em diante as razões de cunho procedimental são mais significativas, aquelas que se dão quando a estrutura jurídico-política não surge como resultado de um processo em que os governados participam de forma ativa do governo (GARGARELLA, p. 7-11).

---

<sup>28</sup> No sentido de “marginalizados” e não da posição geográfica, propriamente dita, considerando que a própria definição de centro - quando utilizamos a expressão “países centrais”, por exemplo - é construída sob a perspectiva colonizadora.

Na perspectiva de Gargarella, para que uma pessoa se encontre em situação de alienação legal deve estar desatendida tanto no que se refere a condição substantiva quanto a procedimental, ou seja: deve carecer dos mais básicos direitos e restar política e juridicamente excluída, de forma que não tenha outra opção, se não a de resistir ao direito (GARGARELLA, 2007, p. 11-12). Embora possa haver uma alienação legal tanto quanto ao elemento substantivo ou procedimental, nos países democráticos a situação seria configurada quando as condições se dão de forma concomitante, ensejando carência extrema. Em todo caso, ainda assim, esta desobediência deve estar restrita apenas às normas que contribuem para a perpetuação dessa situação de exclusão social. (AGUIAR, 2005, p. 55-61)

É preciso cautela porque nem todas as situações de exclusão social podem legitimar um direito de resistência, muitas vezes, quando os instrumentos jurídicos comuns são insuficientes, a objeção de consciência<sup>29</sup> e a desobediência civil<sup>30</sup> podem ser instrumentos adequados para a demanda. Ocorre, no entanto, situações em que a exclusão é tão profunda, que determinados seguimentos sociais não conseguem satisfazer suas necessidades mais básicas, não sendo capazes de ser vistos como sujeitos de direitos no corpo social, logo, incapazes de aprovar ou desaprovar as ações ou omissões dos seus representantes (GARGARELLA, 2007, p. 17).

A hipótese é pautada na premissa de que em uma democracia constitucional a pobreza extrema é ilegal, já que para que o Estado em questão “mereça” obediência dos governados é preciso que ele promova recursos mínimos para conduzir uma vida digna. Trata-se de condição de legitimação deste modelo de Estado. O conceito de alienação legal trabalhado por Gargarella, então, descreve um estado de exclusão sistemática e estrutural, diga-se de passagem, um tipo de injustiça que caracteriza boa parte das sociedades latino-americanas. (ALEGRE, 2005, p. 63-76)

Para delimitar o que vem a ser a carência extrema, uma vez que a hipótese não se pretende abstrata, Gargarella propõe a utilização dos parâmetros estabelecidos internacionalmente pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), projetando a análise de situações que venham a assinalar massiva insatisfação de direitos

---

<sup>29</sup> Definida por Rawls (2000, p. 406) como “desobediência a uma injunção legal ou a uma ordem administrativa mais ou menos direta. É uma recusa porque uma ordem nos é endereçada e, dada a natureza da situação, as autoridades sabem se a cumprimos ou não.

<sup>30</sup> Definida por Rawls (2000, p. 404) como um ato “público, não violento, consciente, não obstante um ato político, contrário à lei, geralmente praticado com o objetivo de provocar uma mudança na lei e nas políticas de governo”. “Ela expressa uma desobediência à lei dentro dos limites da fidelidade à lei, embora se situe na margem externa da legalidade. A lei é violada, mas a fidelidade à lei é expressa pela natureza pública e não violenta do ato, pela disposição de aceitar as consequências jurídicas da própria conduta.” (RAWLS, 2000, p. 406)

humanos sociais e econômicos, similar às violações de direitos civis e políticos, associada a atos de governos ditos democráticos e sob o império do direito. (GARGARELLA, 2007, p. 18)

Na tentativa de tornar a análise mais objetiva, Gargarella estabeleceu alguns critérios para auxiliar na distinção das violações justificadas e injustificadas da lei, seriam eles referentes:

[...] a escala (que relaciona a violência utilizada ao alcance do dano criado); a proporcionalidade (proporcionalidade entre a violência da lei e sua causa); a causalidade (referente a responsabilidade do Estado na criação da injustiça); ao vínculo com as privações do caso e o princípio do mútuo respeito como dever básico da humanidade. (GLOPPEN, 2005, p. 100-101) (tradução minha)

O empenho de Gargarella para delimitar as situações que possam autorizar o exercício do direito de resistência se dá porque a pobreza, em si, não pode constituir uma justificação suficiente para desobrigar a obediência ao direito, o que, inevitavelmente, interfere na segurança jurídica. Assim, cumpridos os requisitos que contemplam a alienação legal somada à dificuldade de transmissão das demandas aos representantes, o autor prevê duas hipóteses de quebra do direito, quais sejam: em relação as leis e ordens que reforcem a situação de opressão e a exploração de vias de protestos não tradicionais com o objetivo de obrigar o Estado a atuar em prol de seus direitos fundamentais. (OLSEN, 2005, p. 123-124)

As ressalvas estariam nas hipóteses em que o Estado não dispõe de alternativas melhores para assegurar que não haja grupos sistematicamente privados de direitos fundamentais ou quando os grupos em questão são os próprios responsáveis pela situação em que vivem, situações em que não há que se falar em direito de resistência. É preciso lembrar, ainda, que as ações destinadas ao ato de resistência não devem afetar terceiros, ou quando inevitável, afetar o mínimo possível. (OLSEN, 2005, p. 123-124)

Gargarella não deixa claro se a sua teoria pretende ampliar o conceito de resistência ou se com ela pretende combater o direito vigente, em todo caso, estaríamos diante de um direito de resistência ressignificado frente a um paradigma dominante na América Latina de que o direito não tem servido para garantir os direitos sociais aos grupos marginalizados, mas que tem contribuído para que se mantenham na situação marginalizada em que se encontram (GARGARELLA, 2005, p. 174-175). E, embora Paupério (1977, p. 13) não tenha desenvolvido a ideia com a mesma coragem que Gargarella, já havia afirmado em seus trabalhos que a resistência é necessária sempre que o direito se converta em opressão.

Um dos pensadores contemporâneos de maior relevância na discussão sobre o dever de obediência ao direito, o qual não se pode deixar de mencionar, é John Rawls, que, ao abordar a temática da resistência, defende um certo rigor na obediência ao direito no contexto

supostamente democrático. Para Rawls (2000, p. 389), “a injustiça de uma lei, em geral, não é razão suficiente para não lhe obedecer assim como a validade jurídica da legislação (conforme a define a constituição em vigor) não é razão suficiente para concordarmos com sua manutenção”. Com isso o autor pretende estabelecer que quando a estrutura básica de uma sociedade se faz razoavelmente justa, as leis injustas podem ser reconhecidas como obrigatórias, embora a ponderação deva atender a certos limites de injustiça, o que depende do grau de injustiça das leis e das instituições. (RAWLS, 2000, p. 389-391)

Na teoria de Rawls, as leis injustas devem ser respeitadas se há um contexto que possa representar uma sociedade “quase justa”, um contexto em que exista um regime constitucional viável que satisfaça minimamente os princípios de justiça, pois dificilmente haverá um sistema social livre de defeitos. Para Rawls, a constituição é vista como um procedimento justo e imperfeito, porque embora seja estruturada para garantir um resultado justo, não pode garantir nenhum processo político que garanta que as leis estabelecidas segundo seus parâmetros sejam justas. Nesse sentido, a obediência ao direito deve ser primada mesmo diante da realidade de que nas atividades políticas não se pode atingir uma justiça procedimental perfeita.<sup>31</sup> (RAWLS, 2008, p. 392)

Isso porque, na visão rawlseana, aceitar um procedimento imperfeito, seria sempre preferível à ausência total de acordos, uma situação que seria análoga ao estado natural, imaginado sob a lógica contratualista. Para Rawls, no momento de escolha da constituição e na adoção de políticas que viabilizem de alguma forma a regra da maioria, os membros da sociedade assumem o risco de sofrer as consequências dos defeitos do senso de justiça dos demais, não havendo outra maneira de gerenciar um regime democrático, sendo esta uma das grandes questões pertinentes às democracias atuais. (RAWLS, 2000, p. 393)

Em todo caso, a longo prazo, Rawls entende que os “ônus” das injustiças devem ser distribuídos de modo mais ou menos uniforme entre os membros da sociedade, não devendo as consequências de políticas injustas pesarem mais sobre determinados grupos, o que torna o dever de obedecer, na prática, mais problemático para (o que o autor intitula de) minorias<sup>32</sup>. Em discussão sobre as justificativas da desobediência civil, no entanto, Rawls admite a existência

---

<sup>31</sup> “[...] nosso dever natural de apoiar instituições justas nos obriga a acatar leis e políticas injustas, ou pelo menos a não lhes fazer oposição usando meios ilegais, desde que elas não ultrapassem certos limites de injustiça. Tendo de apoiar uma constituição justa, devemos respeitar um de seus princípios essenciais, o da regra da maioria.” (RAWLS, 2000, p. 392-393)

<sup>32</sup> Este trabalho tende a discordar com o termo minorias por ele representar equivocadamente que os grupos em situação de vulnerabilidade perfazem uma minoria, enquanto, na realidade, constituem a maioria da população em todas as sociedades capitalistas. Nesse sentido, defende-se o uso da expressão “grupos socialmente vulnerabilizados”, indicando que a vulnerabilidade que sofrem também foi a esses grupos imposta.

de grupos que, diante das graves circunstâncias em que vivem, tem razões para crer que a ordem legal é injusta, pois lhes é negada a justiça. Para estes indivíduos, adverte o autor, seria razoável desenvolver uma oposição mais profunda à ordem legal, porque só lhes restaria a submissão ou a resistência. (RAWLS, 2000, p. 425)

### 3 O PODER PUNITIVO E A PENA ENCONTRADA: REFLEXÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO ESTADO NO CONTROLE SOCIAL

“[...] não será o poder de punir (pena) o rosto do poder político decifrado em termos de guerra?  
(GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 84)

O poder punitivo do Estado atua enquanto poder político, pois o compõe exercendo o controle social formal. Mas este controle exercido pelo *ius puniendi* seria apenas o formal? Em que medida o poder punitivo influi na construção ou nos pressupostos de existência de um Estado Democrático de Direito? Não se pode negar que uma análise sobre a atuação do poder punitivo muito diz sobre o regime pretendido pelo Estado, logo, sobre as finalidades e os limites estabelecidos ao poder político. Se o Estado de Direito surge para submeter a todos à soberania da lei, o Direito Penal se mantém sob o discurso que o apresenta como um limitador do poder punitivo, assim, protegendo as pessoas do poder do próprio Estado.

Nesse sentido, a definição das penas em cada sociedade corresponde, necessariamente, à uma escolha política, assim como as condutas que merecem tutela penal. Não é por acaso que as condutas de resistência perfazem os ordenamentos jurídicos como um direito, mas também, em algumas ocasiões, como delito. E, assim como nem todas os atos de desobediência à lei implicam em delito, nem todos os atos de resistência podem ser criminalizados, sendo, por isso, importante a discussão sobre os limites de atuação do sistema punitivo sobre as condutas (ou seriam as pessoas?) que desobedecem ao direito.

Se na modernidade a privação de liberdade surge como pena em si, esta atua como um instrumento do poder punitivo, logo, político. A ponderação sobre a atuação das agências que compõem o sistema penal, o que inclui as agências penitenciárias, deve ser pautada nas condições que legitimam um regime democrático. Nesse sentido, as atuações deturpadas de tais agências, ou contraditórias à finalidade do Estado, podem ensejar, em alguma medida, reações sociais ou individuais legítimas, o que torna importante a compreensão de como o poder punitivo institui e mantém a pena privativa de liberdade como pena central.

#### 3.1 O *IUS PUNIENDI* COMO PODER POLÍTICO

Em todas as sociedades, independente dos intervalos de espaço e de tempo em que se encontram, há o exercício de coerção. Segundo Zaffaroni (2012, p. 30), todos os grupos sociais

conhecem duas formas de coerção ainda pouco trabalhadas nas discussões acerca do poder coercitivo: a coerção que evita a lesão em iminente perigo de se concretizar ou detém um processo lesivo em curso, hoje denominada de coerção direta e pertencente ao direito administrativo, e a coerção exercida para que haja reparação ou restituição de algum dano, que atualmente se vincula ao direito civil.

O poder punitivo, no entanto, embora pareça ser exercido desde sempre em todas as sociedades, como uma implicação necessária do poder político central, constituiu-se nos moldes como o conhecemos apenas em algumas sociedades, no período medieval. A partir do momento em que a autoridade vigente estabeleceu que a lesão causada a determinado indivíduo se tratava de uma lesão contra a autoridade, representando os interesses da vítima e, com isso, confiscando o conflito, é que se determina a existência do poder punitivo enquanto *ius puniendi*. O poder punitivo se caracteriza por ser um modelo que, diferente das coerções mencionadas, não resolve o conflito, apenas estabelece verticalmente uma decisão, sendo que uma das partes nele envolvidas (a lesionada) não participa dessa decisão (ZAFFARONI, 2012, p. 30).

É claro que, em pequena medida, na vigência de um pacto político qualquer, é possível identificar, desde muito, um poder advindo do soberano ou do governante para eliminar os que, em tese, colocavam ou colocariam em perigo o poder vigente. Mas quando este poder se estendeu para outros conflitos (entre os indivíduos) e este soberano ou governante se declara não só como lesionado, mas como o único lesionado diante do conflito, o poder punitivo se vale da vingança coletiva para legitimar seu poder, mesmo que, na realidade, o exerça para verticalizar hierarquicamente a sociedade. (ZAFFARONI, 2013, p. 11)

Este modelo de decisão vertical sobre os conflitos (o confisco dos conflitos), que se opõe aos modelos reparadores de solução horizontal, então, só se estabeleceu nas sociedades a partir do momento em que estas começaram a se organizar de maneira hierárquica, em forma de exércitos<sup>33</sup>. Esta estrutura, que se comporta de forma excludente e que impede ou dificulta a combinação com os outros modelos de coerção<sup>34</sup>, se mostra adequada ao propósito de conquistar ou colonizar outros povos. Seus agentes atuam na gestão dos conflitos, o que reforça o poder político, centralizando poderes que atuam e se expandem em prol da manutenção do poder político vigente. (ZAFFARONI, 2012, p. 30-33)

---

<sup>33</sup> “[...]¿Y qué puede hacer una sociedad cuando se verticaliza hasta asumir forma de ejército? La respuesta es obvia: conquistar a otras. Roma conquistó casi toda Europa. ¿Como lo pudo hacer? Porque tenia una estructura colonizante, o sea, jerarquizada, en forma de ejército. Esa estructura, montada mediante el poder punitivo, es la necesaria para la empresa de conquistas y colonización.” (ZAFFARONI, 2012, p. 31)

<sup>34</sup> “Comunidad y sociedad jerarquizada son dos modelos que en sus extremos son incompatibles. El poder punitivo es destructor de los vínculos comunitarios, porque es poder vertical, en tanto que aquellos son horizontales. Para desarrollar la comunidad es menester limitar o reducir el poder punitivo.” (ZAFFARONI, 2013, p. 11)

Dentre as variadas opções para lidar com o conflito nas sociedades, a coerção que decorre da punição se faz presente não em todas, mas em boa parte delas, e se estabelece enquanto elemento que constitui a própria ideia de soberania estatal. Ou seja, instrumento que corrobora para que seja possível manter o controle social também por meio da punição (mais tarde denominado controle social formal), sendo característica de sua estrutura não só a verticalização do poder, mas a verticalização social, uma vez que a sociedade passa a se organizar de forma semelhante aos exércitos (com classes, castas ou similares). (ZAFFARONI, 2012, p. 30-33)

Exemplo clássico dessa verticalização (social e do poder) e suas consequências pode ser verificado na história de Roma, que, quando passou de República a Império, foi capaz de conquistar quase toda a Europa, caracterizada por um poder punitivo forte e cruel. No entanto, teve seu declínio diante a inaptidão para se adaptar às novas circunstâncias advindas da invasão dos povos germânicos, que, contrariamente, se organizavam de forma horizontal<sup>35</sup>, tendo seu poder punitivo exercido minimamente, apenas em caso de traição. (ZAFFARONI, 2012, p. 31-32)

O poder punitivo nesse período quase se extinguiu, renascendo apenas nos séculos XII e XIII e já não mais recuou, estando em pleno vigor há quase mil anos. Esta estrutura corporativa verticalizou as sociedades europeias, o que permitiu que partissem para colonizar quase todo o planeta<sup>36</sup>. Nas palavras de Anitua (2008, p. 42):

Mais do que usurpar a função jurisdicional, o Estado e o Direito – rei e seus juristas especializados – apropriaram-se das relações interpessoais, do próprio conflito. O mono pólio estatal do *ius puniendi* significa que não se substituía somente a sociedade em assembleia, mas também as vítimas de sua reclamação, e, em seus lugares apareceram funções estatais que deviam ser respeitadas por aqueles.

Quando o poder punitivo ressurgiu em Roma, esta expropriação do conflito resultou na falta de acusações e no surgimento de delações secretas para iniciar ações que resultariam

---

<sup>35</sup> “Los germanos resolvían sus conflictos de outra manera: cuando un germano led aba un garrotazo em la cabeza a outro, corría y se refugiaba em la iglesia, donde no se lo podia tocar (asilo eclesiástico). Com eso evitaba el prime impulso vindicativo, pero de inmediato se reunían los germanos viejos, jefes de clanes, y un p le hacía notas al outro que tenía um germano averiado y eso había que revolverlo de algún modo, porque de lo contrario se iban a dar entre los clanes como em la guerra, porque así lo mandaba la *venganza de la sangre* (Blutrache le decían), lo que no convenía a ninguno de los dos. Y la cosa se arreglaba com uma reparación, se entregaban animales, metales, cosas, etc. (lo que se llamaba *Wertgeld*). (ZAFFARONI, 2012, p. 32)

<sup>36</sup> “Esse formidável instrumento de verticalização social proporcionou às sociedades europeias uma férrea organização econômica e militar (a homogeneidade ideológica) indispensáveis para o êxito do genocídio colonialista, ou seja, dotou-as de uma estrutura e de uma organização colonizadoras. Roma não teria logrado conquistar a Europa, nem a Europa teria conseguido conquistar a América e a África sem a poderosa verticalização interna que resultou da confiscação das vítimas como pretexto para vigiar, disciplinar e neutralizar os disfuncionais. Sem esse instrumento a Europa tampouco poderia ter controlado os países colonizados, onde impôs formas hierarquizantes próprias, para convertê-los em imensos campos de concentração, vale dizer, dotando-os de estruturas e organizações colonizadoras.” (ZAFFARONI, 2011, p. 32)

em castigos. Governantes, então, atuaram em conjunto com o Cristianismo para a centralização não só do poder político, mas também o econômico, instituindo o Tribunal do Santo Ofício. Assim, a inquisição romana exercia seu poder de julgamento em toda a Europa, uma vez que não existiam Estados nacionais, expandindo e justificando seu poder punitivo sob a premissa de combate ao inimigo (o demônio). (ZAFFARONI, 2012, p. 37-38)

Este aparelho inquisitivo (germano-romano, mas também espanhol), que surgiu no período imperial de Roma, então, ressurgiu nas práticas medievais, sob a premissa de controle conjunto da criminalidade comum e das heresias. Adaptando a imagem de “inimigo” como lhe convinha, este mecanismo permitiu a ampliação dos selecionados à punição, abarcando quaisquer atos de oposição aos saberes oficiais. Trata-se de estrutura maximizada do poder, que adjetiva como criminosa qualquer manifestação contrária ao exercício do poder vigente. (CARVALHO, 2011, p. 66)

No século XV, no entanto, inicia-se o processo de secularização – rompimento da cultura eclesiástica com a filosófica e as instituições jurídico-políticas -, não pela consciência a atuação desumana e ampliada do poder punitivo, mas porque objetivava-se retirar da esfera civil o domínio religioso (CARVALHO, 2011, p. 69). O período denominado Renascimento, é caracterizado por um processo de racionalização do poder político, logo, do punitivo, consequência da transição do feudalismo para o capitalismo, bem como da centralização do indivíduo – e não mais de Deus - na ordem das coisas.

Como é possível verificar, a questão do poder punitivo não é apenas um dilema das ditas “ciências criminais”, é essencialmente uma questão política. Ou seja: a discussão acerca do *ius puniendi* não se resume à mera trajetória histórica do direito penal, contempla uma investigação sobre a origem do Estado, seus limites e funções. O direito de punir surge apenas com a ideia de Estado, ente que institucionaliza o uso da violência, monopoliza o poder de punir e estabelece a sanção que recairá sobre aqueles que confrontam a ordem dominante. (ROCHA, 2019, p. 40-42)

Assim, desde a monopolização do conflito pelo soberano ou governante, então, este adquire uma enorme capacidade de decisão e, conseqüentemente, de arbitrariedade, selecionando não só as pessoas sobre as quais deseja exercer o poder, como também a medida e a forma pela qual pretende este exercício. Para tanto, exerce de forma constante poder de vigilância para que possa melhor controlar a sociedade, especialmente sobre os que acredita oferecer risco para a manutenção de uma hierarquização social. (ZAFFARONI, 2011, p. 31)

Dois dos pensadores contratualistas são fundamentais para se entender a composição do Estado e a formulação do *ius puniendi* nos moldes modernos: Hobbes e Locke. Para Hobbes,

no estado de natureza, ou seja, antes de firmado o contrato social, cada um tinha a liberdade de utilizar seu próprio poder para se preservar e, conseqüentemente, poderia fazer tudo aquilo que julgasse adequado para tal fim. A concepção hobbesiana indica que o estado de natureza conduz o homem à guerra generalizada, daí se depreende o entendimento do autor sobre o homem ser o “lobo” do homem, ou seja: incapaz de conviver em sociedade sem que haja um poder maior (o Leviatã) para produzir temor e, com isso, a ordem social<sup>37</sup>. (HOBBS, 2003, p. 101-127).

Hobbes entende que o Estado não é algo natural, surge por meio do pacto social para oferecer aos seus súditos a ordem e a segurança<sup>38</sup> necessárias, reduzindo os direitos dos súditos na liberdade concedida pelo soberano. Para tanto, o contrato precisa ser fielmente executado pelos súditos, embora o soberano seja responsável pelo seu cumprimento apenas perante Deus. Para que o soberano detenha o poder de maneira concentrada, Hobbes prevê tanto uma unidade política, que concentra os ordenamentos superiores ou inferiores ao Estado<sup>39</sup>, como uma unidade jurídica, que agrupa as fontes de direito no direito positivo (BUZZANELO, 2001, p. 43-45).

A ideia de que os indivíduos estão em guerra enquanto no estado de natureza é o que justifica a necessidade do Estado e legitima seu *ius puniendi*, uma vez que as punições deixam de ser uma guerra entre os súditos e se transformam em um direito de punir que está sob o poder do soberano, para que, assim, os indivíduos possam viver em paz uns com os outros, sendo protegidos do restante das pessoas. Nesses moldes, o Estado deve estabelecer padrões de convivência social visando a formação de um corpo disciplinador, uma estrutura capaz de impor medo suficiente para que as ordens sejam cumpridas, o que se pode chamar de Estado penal ou Estado de Polícia<sup>40</sup>. (ROCHA, 2019, p. 43-44)

Na sociedade hobbesiana o poder punitivo se torna ilimitado, uma vez que os súditos devem se submeter às decisões e às ordens do soberano sem qualquer questionamento, ou seja: o dever de obediência é incondicional, independente do conteúdo da decisão ou da ordem, tendo o soberano o poder de vida e de mortes sobre seus súditos. O Estado proposto por Hobbes é de

---

<sup>37</sup> Não é coincidência que, com o fim do feudalismo, momento marcado pela descentralização do poder político, consolida-se uma nova forma de organização social, logo, de dominação política. Na versão absolutista, nos moldes de Hobbes, Estados centralizados e burocráticos vão tomando forma e se expandindo a partir do século XIV, em resposta à nova realidade plural, individualista e competitiva que se constituía na sociedade liberal-burguesa. (CARVALHO, 2014, p. 90)

<sup>38</sup> “[...] deve-se entender por segurança não somente a preservação da vida em qualquer condição que seja, como também visar à sua felicidade. A segurança e a comodidade dos súditos são distribuídas em quatro categorias: 1) defesa contra inimigos externos; 2) preservação da paz dentro do país; 3) enriquecimento que seja compatível com a segurança pública; 4) direito a uma liberdade inofensiva.” (BUZZANELO, 2001, p. 48)

<sup>39</sup> O que inclui o poder religioso.

<sup>40</sup> Importante constatar que no Estado hobbesiano o soberano possui controle incondicional sobre os súditos, haja vista não fazer parte da constituição do pacto (HOBBS, 2003, p. 133).

caráter absolutista, significa dizer que na persecução de seus fins - em nome da coletividade da preservação da paz - o soberano pode aplicar a pena mais grave, ainda que desproporcionalmente, nada que o soberano faça contra seu súdito pode ser interpretado como injustiça ou injúria. (BUZANELLO, 2001, p. 59-62).

De outro lado, tem-se a concepção contratualista de Locke, que embora concorde com Hobbes quanto a necessidade de um corpo disciplinador, ou seja, de um poder centralizado no Estado, acredita que deva ser exercido pelo parlamento e com alguns limites. Na vertente lockeana, o Estado representa o poder de todos reunidos em uma única instituição, logo, quando a punição é por ele aplicada, trata-se da vontade legítima dos indivíduos que compõem aquele Estado. Em uma sociedade civil, as pessoas renunciam à liberdade de exercer a força, transferindo-a à comunidade, representada pelo parlamento, que, então poderá executar esta coação em formato de punição. (ROCHA, 2019, p. 44)

A concepção de Locke vislumbra um pacto de caráter liberal, que decorre da necessidade de preservação da propriedade – abarcada na vida, na liberdade e nas posses – pelo Estado, uma vez que no estado de natureza não havia uma garantia de tal preservação. Embora para Locke o estado de natureza não seja o de guerra generalizada, a falta de uma autoridade superior pode levar a situações de injustiça, provenientes do uso da força ou mesmo da intenção declarada de seu uso. Seriam pelas desvantagens do risco de se atingir um estado de guerra que o autor justifica a necessidade da existência de um Estado. (LOCKE, 2004, p. 70)

Embora na teoria lockeana o pacto político seja de associação e não de submissão, o autor presume que o remédio contra o poder arbitrário é o poder legislativo, ao qual se pode confiar o estabelecimento de leis justas e a nomeação de juízes para sua aplicação. Nesse caso, a ordem jurídica legítima<sup>41</sup> o poder político, pois só goza de autoridade o poder que estiver autorizado pelo contrato social. Se para Hobbes na sociedade civil os súditos renunciam a todos os seus direitos ao soberano, para Locke os indivíduos só abandonam um direito: o de fazer justiça com as próprias mãos. (BUZANELLO, 2001, p. 71-73)

Apesar das substanciais divergências entre as duas teorias, ambas sustentam a formação de uma instituição que concentra em si o poder de punir, de forma que se constitui um direito do ente legitimado o exercício da punição. Este direito do Estado de punir surgiria, sob o viés contratualista, da ideia de que, ao desobedecer à ordem estabelecida pelo Estado,

---

<sup>41</sup> “[...] A legitimidade seria um elemento integrador na relação de poder com a sociedade, já que todo poder, em regra, busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo para transformar de forma inquestionável a obediência em adesão - a obediência como cimento fundamental da relação entre indivíduo e Estado.” (BUZANELLO, 2001, p. 74)

está-se afrontando o poder soberano que constitui o poder político. Ao desobedecer a ordem, o indivíduo estaria, para Hobbes, insultando o soberano, e, para Locke, a vontade da comunidade, representada pelo parlamento.

O estado natural proposto por Hobbes é de selvageria, pois os direitos só surgem com a criação do estado civil. Nesse caso, qualquer reação contra as ordens do soberano é um retorno à selvageria, o que significa a perda absoluta dos direitos por parte do transgressor. Na lógica hobbesiana, por pior que seja um estado civil, será sempre melhor do que a selvageria<sup>42</sup>. Locke consegue inverter a lógica de Hobbes, de forma que o estado de natureza é de liberdade (os direitos naturais) e o estado civil impede que haja inconvenientes na fruição de tais direitos. No conceito lockeano, a liberdade do indivíduo não pode ser violada pelo Estado, pois o contrato foi criado para protegê-la<sup>43</sup>. (ZAFFARONI et al, 2011, p. 520)

Na obra clássica de Beccaria (2004, p. 19-20), embricado nas ideias lockeanas, o autor defende que o fundamento do direito de punir parte da premissa de insegurança social gerada pelo vigor apenas das leis naturais, onde o desejo de preservação da vida ou da propriedade pode gerar conflitos. Contrapondo-se ao absolutismo de Hobbes, Beccaria critica o poder irrestrito do soberano, alegando que, embora haja submissão dos indivíduos ao *ius puniendi*, não cabe ao Estado retirar do indivíduo sua humanidade, aplicando-lhe penas cruéis e desproporcionais.

Na esteira contratualista, Beccaria aponta como necessária uma instituição que concentre em si o direito de punir, no entanto, entende que este não pode ser detido pelo soberano e exercido como lhe convier, mas deve se fundar em leis advindas da sociedade civil. As ideias de Beccaria sobre o poder punitivo acompanham o processo de transformação do Estado absolutista (de Hobbes) para o Estado Liberal de Direito (de Locke). Neste, em tese, o poder legislativo se encontra encarregado de racionalizar o poder punitivo. E ao mesmo tempo em que o direito penal atuaria enquanto um limitador normativo e técnico-científico do poder penal, também se converte no direito estatal de punir (*ius puniendi*). (ANDRADE, 2012, p. 13)

Importa compreender que no contexto de publicação da obra de Beccaria (1789), havia forte preocupação com o modelo absolutista de Estado, logo, da maneira como exercia o *ius*

---

<sup>42</sup> Lembrando que Hobbes pensava seu estado de guerra na América, daí a ideia de selvageria do discurso colonizador (ZAFFARONI et al 2011, p. 520).

<sup>43</sup> O conflito do discurso liberal de Locke, que em grande medida ainda se propaga na contemporaneidade, é que o poder punitivo, desde sua gênese, limita a liberdade, mas ao legitimá-lo está-se destruindo os limites que ele mesmo (poder punitivo) traçou. Nas palavras de Zaffaroni et al (2011, p. 520): “[...] Eis a grande contradição do liberalismo penal funcional, que propiciou a brecha por onde penetrou todo o autoritarismo que demoliu nos últimos cento e cinquenta anos. Essa história ensina que a legitimação do poder punitivo é sempre *metastática*.” (grifos do autor)

*puniendi*. Isso não significa que se almejava alterar os modelos coercitivos, mas que se vislumbrava a necessidade de identificar o que, daquele modelo concentrado de poder, poderia ser útil para que fosse possível continuar a exercer o poder. Assim, os mecanismos de punição passaram por um processo estratégico de cunho utilitário, uma gestão mais racional do poder, que não se configura enquanto ruptura, mas de uma adaptação em prol daqueles que ainda não haviam sido despojados do poder<sup>44</sup>. (FRANÇA JÚNIOR, 2019, p. 76-77)

Beccaria assume uma postura de viés iluminista, problematizando os limites e a justificativa do poder de punir diante dos direitos individuais. A autor sinalizou para a necessidade de limitação do poder do Estado, inaugurando o fundamento do imaginário punitivo moderno: a racionalização do poder punitivo exercido sob uma noção de proporcionalidade, a fim de que a pena não represente uma violência sem limites. Nos moldes contratualistas, Beccaria vê a resposta penal como uma restauração do contrato social violado pelo indivíduo no momento em que cometeu o crime. (CARVALHO, 2014, p. 98-99)

Dentre os pensadores modernos, surge no século XIX, a teoria sociológica de Weber, apontando como principal característica do Estado o monopólio da violência. Embora o sociólogo descartasse qualquer definição de Estado que o remetesse apenas aos seus fins, o definiu em termos dos meios específicos a ele: o uso da força física, o que não significa sua redução à mera “sede” da violência legítima<sup>45</sup> (BIANCHI, 2014, p. 85). Entendendo o Estado como uma forma particular de associação política, Weber, então, relaciona a instituição com a existência de um quadro administrativo que detém o monopólio legítimo da coação física para realizar as ordens vigentes (WEBER, 1999, p. 34).

De diferentes maneiras, todas as teorias mencionadas contribuíram para que, da modernidade em diante, o poder punitivo se estabelecesse como o modelo de coerção violenta exclusivo do Estado, sob o qual se deve confiar a gestão – e não solução – tanto dos conflitos entre os indivíduos, como entre os indivíduos e o Estado. Esta perspectiva de encarar a atuação do poder punitivo se sustenta, mesmo hoje, sob a justificativa de ainda não haver um modelo melhor, já que se introjetou socialmente como a única forma possível de gestão dos conflitos e de legitimação do próprio poder que compõe.

---

<sup>44</sup> Faz parte do jogo político que o poder político se submeta à limitação (concessões) para que não seja destituído. No período que antecede a Revolução Francesa, o soberano tomou medidas que descentralizavam o poder para tentar evitar uma revolução.

<sup>45</sup> “A sociologia política weberiana é uma sociologia da dominação, que considera a força e a violência como momentos essenciais do processo político e da própria existência e funcionamento das instituições políticas” (BIANCHI, 2014, p. 85). A situação de dominação seria “aquela na qual uma ou várias pessoas encontram-se em condições de mandar eficazmente em outras”. (BIANCHI, 2014, p. 88)

Verificar em que circunstâncias o poder punitivo se constitui é necessário para que não restem dúvidas sobre se tratar de um poder essencialmente político que atua sob os interesses do Estado e que, portanto, assim como o poder político, precisa ser limitado. O exercício do poder punitivo surge e permanece parte de uma totalidade política, sendo a atuação do próprio poder do Estado compatível com seu modelo e sofrendo os reflexos dos poderes que nele incidem. (ZAFFARONI, 2013, p. 10)

### 3.2 DEMOCRACIA E *IUS PUNIENDI*

As inúmeras e radicais transformações que caracterizaram a modernidade produziram novas formas de organização política e de padrões de sociabilidade, instituídos sob o individualismo e o modo de produção capitalista. Se antes as sociedades estavam organizadas de forma verticalizada, dispendo de rígidos padrões morais e religiosos, o contexto moderno se apresenta com valores relativos. A economia feudal como modelo estático, passa a ser mais dinâmica no modelo mercantil. Diante da estrutura social de classes ou estamentos fixos, surge a individualidade abstrata. O Estado absolutista já não era capaz de se sustentar diante do surgimento do modo de produção capitalista. (CARVALHO, 2014, p. 90)

O Estado de Direito, que já surge sob uma perspectiva liberal, submete todos os indivíduos ao seu poder político - limitado juridicamente pelo que se pode denominar de legalidade -, admitindo limites ao próprio poder estatal<sup>46</sup>. Não por acaso, o surgimento dos direitos humanos – também fundados no liberalismo político – consagra ao direito penal, ao processo penal e à política criminal o papel de limitar o poder de punição do Estado, contendo sua intervenção deliberada e resguardando direitos e garantias individuais.<sup>47</sup> (CARVALHO, 2011, p. 108)

Por certo que esta posição, em certa medida, absenteísta do modelo penal liberal não perdurou intacta, uma vez que as transformações políticas e econômicas do Estado Moderno

---

<sup>46</sup> Ao discutir o liberalismo, Bobbio (1998, p. 17) aponta distinção entre os limites aos poderes do Estado (o que caracteriza um Estado do Direito) e os limites às funções estatais (o que caracteriza um Estado Mínimo). Assim, embora o liberalismo estabeleça um Estado de Direito e mínimo, é possível vislumbrar um Estado de Direito que não seja mínimo, bem como um Estado Mínimo que não seja de Direito.

<sup>47</sup> De acordo com Carvalho (2011, p. 108) ao Estado Liberal de Direito foi incumbida “[...] a responsabilidade de limitar duas formas diversas de agressão, dois distintos desejos (vontades) de violência: violência privada, refletida no dano individual provocado pelo desejo do *lupus naturalis* de gozar de bens (materiais e imateriais) inacessíveis pela sua escassez ou decorrentes do excesso passional introduzido na reação às agressões ilegítimas (justiça privada); violência pública, verificável no abuso de poder (vontade de punição) das agências repressivas do *lupus artificialis* quando dos exercícios legítimos (Weber) ou ilegítimos (direito penal subterrâneo ou do terror) das violências.”

exigiram não só do sistema penal, mas de todo o poder político, uma intervenção na realidade social. Se o Estado de Direito se contrapõe ao absolutismo, impondo limites ao próprio poder estatal, seu viés liberal reclama também pela limitação de suas funções, produzindo uma atuação minimalista, cuja igualdade, um dos pilares do Estado de Direito, reflete apenas no âmbito formal. (BORGES, 2005, p. 48-49)

[...] o individualismo abstrato da teoria liberal, ao perceber a igualdade como um dado previamente, reconduz à ocultação de condições reais de desigualdade. Isto porque, à medida que é pressuposta de forma idealizada como elemento constituinte da ordem política e social, a igualdade é articulada como recurso ideológico que sonega a textura social particular e concreta. (CARVALHO, 2014, p. 100)

A exigência de que a liberdade e a igualdade estabelecidas pelo Estado de Direito de cunho liberal se dessem também no plano material dá origem ao Estado Social. Isso porque as transformações políticas e econômicas desencadeadas pelo Estado Moderno de cunho liberal exigiram dele uma intervenção na realidade social, o que amplia o papel do Estado e fomenta o crescimento de sua burocracia. Este processo de reconhecimento e efetivação de direitos coletivos, no entanto, traz substanciais alterações no sistema punitivo, ampliando os horizontes de criminalização e influenciando nos fundamentos do direito de punir, que agora se dá sob a justificativa de proteção aos bens jurídicos. (CARVALHO, 2011, p. 108-109)

O constitucionalismo contemporâneo, no entanto, exige que o Estado não se limite a um Estado de Direito, devendo buscar, por meio de democracia participativa, transformar-se em um Estado Democrático de Direito, englobando tanto as premissas de um Estado Democrático, buscando legitimação junto ao titular do poder originário (o povo), quanto de um Estado de Direito, que se submete à legalidade. E mais, deve propiciar a tutela dos direitos e garantias fundamentais, tendo como um de seus fundamentos basilares a dignidade da pessoa humana e, portanto, a liberdade e a igualdade que ultrapassam a formalidade e a abstração<sup>48</sup>. (BORGES, 2005, p. 50-52)

No plano teórico, em regra, os estudos contemporâneos sobre a democracia se dividem em dois grandes grupos: aqueles que a concebem em um aspecto formal e aqueles que exigem para sua existência uma perspectiva substancial. No plano formal, estará sempre vinculada ao conjunto de procedimentos e regras previamente estabelecidas que definirão as relações de poder, delimitando os pressupostos de representação do poder político, vinculando-se a regra

---

<sup>48</sup> A discussão sobre o que vem a ser um Estado Democrático de Direito requer maior aprofundamento, uma vez que a definição acerca de suas funções influi diretamente no fundamento e na atuação do seu poder punitivo. Não há dúvidas de que este modelo de Estado assume obrigações que, por vezes, podem ser vislumbradas apenas no plano formal, mas seria esta uma descaracterização do Estado enquanto Democrático de Direito? Seria o Estado Democrático de Direito, então, um Estado de Direito com as funções estendidas aos fins sociais e democráticos? Quais os limites e as expectativas sobre o *ius puniendi* numa sociedade substancialmente democrática?

da maioria, constituindo-se uma ordem de domínio legitimada pelo povo. (GUIMARÃES, 2010, p. 107-115).

Bobbio (1998, p. 327-328) aponta que na teoria política contemporânea, predominantemente nos países de tradição democrático liberal, as definições de democracia se resumem em nove premissas: 1) órgão político máximo (legislativo) composto de membros eleitos pelo povo; 2) atuação de outras instituições (administração local ou chefe de Estado) junto ao órgão legislativo com dirigentes eleitos; 3) cidadãos maiores de idade como eleitores, sem distinção de raça, sexo ou religião; 4) peso de voto igual a todos os eleitores; 5) disputa livre de partidos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) liberdade para os eleitores no sentido de ter condições de ter reais alternativas; 7) estabelecimento de decisões pautadas no princípio da maioria numérica, podendo ser flexibilizado o aspecto numérico de acordo com o consenso; 8) nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria; 9) órgão de governo gozando de confiança do parlamento ou do chefe do executivo eleito pelo povo.

O conceito estabelecido por Bobbio (1998, p. 327-328), e aqui resumido, parece contemplar uma democracia. Embora os postulados sejam importantes, acredita este estudo, em concordância com as ideias de Guimarães (2010, p. 117-118), não serem suficientes para que se estabeleça um Estado democrático. Pois, além de estabelecer as “regras do jogo”, como geralmente se refere aos pressupostos democráticos, é preciso repensar o modelo de povo que vai concebê-la. O entendimento de que a democracia é a manutenção dessas regras, faz-se equivocado ou mesmo perigoso, não se pode mais reduzir o conceito de cidadania na mera condição de eleitor. As democracias que se limitam a isto podem legitimar formas camufladas de dominação.

Nesse sentido, alerta Guimarães (2010, p. 119-120) que:

[...] a democracia, dentro de seus limites formais, acaba por auxiliar aqueles que estão no poder a exercerem todos os tipos de controle e a usufruírem todos os tipos de privilégio passíveis de ser auferidos pelos cargos que ocupam; quando os membros de uma comunidade utilizam seus direitos de cidadão somente na esfera eleitoral, terminado o sufrágio e, assim, legitimado a exercer o poder aquele que foi mais votado, encerra-se pelo menos por determinado período, o exercício da democracia. Logo, está-se impedindo a criação de novos direitos, ou o questionamento daqueles já adquiridos, forçando-se a uma conservação do que já está posto; os conflitos imanentes a uma sociedade dinâmica saem, assim, da esfera do político para ser tratados em outras esferas, de preferência a do Direito Penal.

O aspecto democrático pressupõe a participação popular, que promove a inclusão dos sujeitos, como requisito para o desenvolvimento das funções do Estado, de forma que legitima suas ações. Dentro desse modelo de Estado, o direito penal também se mantém sob o império da lei e deve ser formulado por representantes legitimamente eleitos. Especificamente no

âmbito penal, a inclusão precisa se manifestar sob o aspecto de vedação da utilização do direito penal como instrumento de dominação de um grupo sobre outro e também deve ser aplicado de maneira democrática, o que significa dizer que tem de atingir a todos, indistintamente. (BORGES, 2005, p. 52-53).

A democracia material (substancial), por sua vez, reconhece a regra da maioria, como não poderia deixar de ser, mas não comporta supressão de direitos das minorias. Fundamenta-se, essencialmente, na dignidade da pessoa humana e, portanto, se expressa por meio do exercício da cidadania, numa relação de interdependência – chega-se à democracia pelo exercício da cidadania, alcança-se a cidadania com o exercício da democracia -, de forma que possibilita a fruição de direitos fundamentais, individuais e coletivos. (GUIMARÃES, 2010, p. 120)

Andrade (1993, p. 131) tece discussão a esse respeito, concebendo “a cidadania como discurso instituinte de uma ordem mais democrática”. A autora trabalha a democracia enquanto um processo e não como um modelo dado, desse modo, entende possível e fundamental que ela (democracia) possa se questionar a si mesma, o que se dá por meio da reinvenção constante da política, de forma que se construa, e não apenas se exija, uma democracia possível. Sob esta perspectiva, a democracia não deve ser vista apenas como uma exigência de um regime político democrático, nos moldes da democracia liberal, mas “pressupõe a construção da cidadania para além do liberalismo”.

Distinguindo as duas perspectivas democráticas, Ferrajoli (1997, p. 99) explica que a concepção exclusivamente formal da democracia é próxima de uma concepção formal da validade das normas, logo, voltada para o disciplinamento das formas de decisões a serem tomadas por aquela sociedade, o que deve assegurar a expressão da vontade da maioria. A dimensão material da democracia, diversamente, diz respeito àquilo que “não pode ou não deve ser decidido pela maioria”, sendo garantidas por normas substanciais que disciplinam o conteúdo ou o significado das decisões<sup>49</sup>.

A questão suscitada entre as duas perspectivas, formal e material, perpassa a ideia da efetividade das previsões. Ao que parece, a democracia substancial requer, nas palavras de Streck e de Moraes (2001, p. 104) “uma grande dose de justiça social”, sendo esta uma “condição para a possibilidade da democracia”. Isso porque num contexto de ampla exclusão

---

<sup>49</sup> “[...] uma concepção substancial da democracia, garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e não simplesmente da onipotência da maioria, requer que se admita a possibilidade de antinomias e de lacunas geradas pela introdução de limites e vínculos substanciais – sejam eles negativos, como os direitos de liberdade, ou positivos, como os direitos sociais – como condições de validade das decisões da maioria.” (FERRAJOLI, 1997, p. 99)

social, não se pode esperar que as pessoas colocadas à margem tenham condições de conhecer seus direitos ou de escolher representantes que, de fato, possam defender seus interesses<sup>50</sup> (GUIMARÃES, 2010, p. 123).

Guimarães (2010, p. 123) afirma que a apatia política é um preceito básico da dominação, uma vez que se as pessoas não possuem condições mínimas para o exercício da cidadania, não são capazes de se engendram na luta política, permanecendo um consenso que é construído sob a dominação econômica e ideológica, mantendo a situação de exclusão política, logo, social. Esta relação de dominação, exercida pelo sistema político e endossada pelo sistema punitivo às custas da exclusão social, não é outra coisa, senão violência - a chamada violência estrutural -, o que é incompatível com um regime democrático.

Quando o Estado expropriou o conflito das partes diretamente interessadas, banuiu o recurso individual à violência, o que representa um passo importante na luta política. De alguma maneira, de forma intencional ou não, o Estado repassa a ideia de que os conflitos (de interesse) e a disputa pelo poder podem ser resolvidos por outros meios. Contudo, esta ideia não anula o fato de que a violência permanece influenciando a interação entre os agentes políticos - seu uso como ameaça, por exemplo, segue como instrumento de convencimento -, sendo o acesso à violência uma das vantagens da conquista das posições de poder. (MIGUEL, 2018, p. 92)

Diante deste Estado que, nos discursos oficiais, se pretende Democrático de Direito, há pelo menos duas visões divergentes acerca da atuação estatal e de suas instituições. Uma delas (romântica) acredita na legitimidade do poder de punir do Estado, vendo nos instrumentos punitivos uma derivação do contrato social, elemento fundamental do processo civilizatório. A outra (pessimista), pressupõe que o Estado não limita a violência e, ao contrário, a institucionaliza de forma a fomentá-la, o que promove uma constante violência aos direitos fundamentais. As perspectivas tensionam entre a visão do sistema penal como garante de direitos e a do sistema penal como instrumento de violência do Estado (CARVALHO, 2011, p. 113).

As tensões não se dão sem motivo, se, por um lado, o discurso oficial é o de que o direito penal tem por finalidade a proteção de direitos fundamentais, sendo indispensável para o controle social, por outro, já alertava Carvalho (2011, p. 112) para uma condição de reversibilidade do direito, principalmente quando se pretende obter ações institucionais voltadas para projetos de justiça. Significa que boa parte das pessoas deposita confiança nas

---

<sup>50</sup> Pondera Miguel (2018, p. 17) que a condição de cidadão “[...] significa tomar posse de um conjunto de direitos e de potencialidades de ação, mas também saber operar dentro do arranjo institucional que garante esses direitos e essas potencialidades”.

intenções e atuações do sistema jurídico-positivo, esquecendo ou mesmo ignorando as relações de poder nas quais estão inseridas.

A relação estabelecida entre o sistema penal e os direitos fundamentais, no qual o sistema punitivo se coloca enquanto guardião dos direitos humanos promulgados constitucionalmente, trouxe significativas consequências para o mundo jurídico, dentre elas: a ampliação das normas criminalizadoras e demais instrumentos de repressão penal, sob a justificativa de que quanto maior o arcabouço penal envolto ao bem jurídico, maior garantia de sua proteção (CARVALHO, 2011, p. 109), legitimando a expansão do direito penal em prol da proteção aos direitos fundamentais existentes e aos que ainda não de vir.

Nesse sentido, é importante lembrar que, ao fazer referência ao sistema penal, reporta-se à concepção de Zaffaroni et al (2011 p. 60-61), quando o descreve como um conjunto de agências – políticas, judiciais, policiais, penitenciárias, de comunicação social, de reprodução ideológica, internacionais -, que compreendem seus entes e suas relações. O funcionamento dessas agências, não se pode deixar de mencionar, se dá num contexto de concorrência entre si e dentro de suas próprias estruturas, de forma que, por meio de discursos clientelistas, reclamam pela expansão do sistema penal e pelo recrudescimento da punição.

Exemplificando o que vem a ser cada uma das agências que compõe o sistema penal, elenca Zaffaroni (2011, p. 60):

a) as políticas (parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos); b) as judiciais (que incluem juízes, ministério público, serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública, organizações profissionais); c) as policiais (que abarcam a polícia de segurança, judiciária ou de investigação, alfandegária, fiscal, de investigação particular, de informes privados, de inteligência do estado e, em geral, toda agência pública ou privada que cumpram funções de vigilância); d) as penitenciárias (pessoal das prisões e da execução ou da vigilância punitiva em liberdade); e) as de comunicação social (radiofonia, televisão, imprensa escrita); f) as de reprodução ideológica; e g) as internacionais (organismos especializados da ONU, da OEA, cooperação de países centrais, fundações, candidatos a bolsas de estudos e subsídios).

As agências penitenciárias, que neste estudo merecem acentuado destaque, são as receptoras finais de todo o processo seletivo realizado pelas agências penais. Assim, se encontram ameaçadas por todas as demais agências e, como recebem toda a carga de deturpação das demais, ficam em uma posição de fragilidade, por vezes privilegiando a segurança das instituições, em constante risco de reações violentas, e ignorando as exigências democráticas de sua atuação. Atuando sozinhas, não são capazes de conter a seletividade das outras agências, podendo, ao contrário, colaborar na ampliação do número de prisões e, assim, multiplicar as dificuldades e riscos do cumprimento de pena. (ZAFFARONI, 2011, p. 62)

A colocação de Zaffaroni é de suma importância, uma vez que intui demonstrar que num Estado Democrático de Direito a expectativa que se tem das instituições, inclusive as que compõem o sistema penal, é que atuem em prol da garantia dos direitos. Nesse contexto, perpetua-se o discurso, em todas as áreas de alcance do sistema punitivo, que quanto maior a repressão, maior seria a preocupação e o esforço para a proteção dos direitos, de forma que, a cada novo ou mais rigoroso instrumento de repressão, o grupo social interessado da garantia do direito a ele relacionado conta com o sistema penal na atuação de garante.

Por certo que a atuação das agências, em si, não é suficiente para definir toda a complexidade do sistema penal (ZAFFARONI, 2011, p. 63). A isso deve ser acrescentados elementos substanciais, como o quadro político e econômico das sociedades, ou mesmo o cansaço público resultando do excesso de informações de um mundo globalizado. Zaffaroni (2011, p. 62) alerta que o crescente interesse de alguns governos de países centrais em reprimir atividades fora de seu território tende a propagar instituições punitivas em países periféricos.

Ademais, Carvalho (2014, p. 14-15) afirmou haver uma diferença na formação do sistema penal de Estados centrais e periféricos. Segundo o autor, na modernidade estabelecida nos países centrais, o surgimento do ordenamento jurídico-penal teve por intuito a afirmação da ideia da dignidade compartilhada intersubjetivamente, a partir do reconhecimento da liberdade, da igualdade e da autonomia da vontade. Na modernidade periférica, ressalta o autor, as práticas penais modernas se inserem numa lógica de negação desses valores, contribuindo para a naturalização da desigualdade e da atuação do sistema penal como instrumento de gerência da subcidadania.

A utilização do direito como instrumento de dominação não significa apenas elaborar normas jurídicas evidentemente excludentes (injustas). Quando se aplica as normas de forma seletiva, quando as condutas criminalizadas são específicas de um grupo social, quando as normas não estão acompanhadas de políticas de promoção de igualdade ou quando as instituições reforçam a imagem daquele que merece ou não ser incluído no conceito de sujeito de direitos, tem-se exemplos evidentes do uso do Direito como instrumento de controle social a favor de interesses (PIRES, 2013, p. 281).

Após o processo de institucionalização do poder político, o Estado, então, seleciona um número de pessoas que serão submetidas à sua coação, impondo-lhes uma pena sob a justificativa de desobediência à lei. Esta seleção, nas palavras de Zaffaroni et al. (2011, p. 41-43) é denominada de criminalização, que se dá não só na escolha das condutas a serem punidas – ato político das agências legislativas –, mas também no momento de aplicação da lei penal

pelas agências policiais e judiciais, ao que se pode chamar de criminalização primária e secundária, respectivamente.

### 3.3 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMO PENA CENTRAL: O CONTROLE NOS MOLDES DISCIPLINARES

A ideologia do campo jurídico penal moderno, no qual a pena privativa de liberdade se concebe, nasce sob os reflexos da tensão entre a perspectiva emancipatória da condição humana e a individualidade, valores conflituosos no contexto de um Estado Liberal. O direito, nessa perspectiva, desempenha uma função catalizadora da consciência coletiva, a qual é construída artificialmente a partir do auxílio das normas e das sanções institucionalizadas pelo Estado. Ao sistema penal, caberia a função de resgatar a credibilidade do ordenamento jurídico, atuando, diante da centralização da violência pelo Estado, como o responsável pela veiculação de um discurso racional que justificasse o exercício do poder<sup>51</sup>. (CARVALHO, 2014, p. 94)

Diversas são as teorias que intuem justificar as razões pelas quais seria necessário punir as pessoas. Em maior ou menor intensidade, todas elas procuram vincular-se a conceitos como o bem comum, a paz, a segurança jurídica, a disciplina e/ou outros nesse mesmo sentido, e terminam, por meio da existência e das ideias quanto as finalidades do Estado, conferindo legitimidade ao sistema punitivo. As teorias críticas, no entanto, apontam que todos os avanços alcançados socialmente na proteção da dignidade da pessoa humana, ainda que singelos, se deram na luta pela contenção do poder político, logo, do punitivo e não na sua ampliação. (GUIMARÃES, 2018, p. 433)

O embate teórico que legitima ou deslegitima o poder ou o sistema punitivo não se constrói por teorias dispostas de forma estritamente delimitada, com um recorte de espaço e de tempo, nem são organizadas numa lógica cronológica em que a teoria que surge posteriormente se caracteriza pela superação da anterior. Em uma organização lógica, contudo, elas podem ser distribuídas em dois grandes modelos legitimantes do poder punitivo, constituídos com base nas funções manifestas da pena: as teorias de prevenção geral, que advogam pelo valor positivo da criminalização atuar sobre os que não cometeram crimes; e as teorias da prevenção especial,

---

<sup>51</sup> “Aqueles que exercem o poder, sobretudo punitivo, preocupam-se com a estruturação e a reverberação de um discurso (logo, de uma espécie de saber), que se presta a legitimá-lo, a torná-lo, de alguma maneira, racional. (FRANÇA JÚNIOR, 2019, p. 61)

que acreditam que esse valor atua sobre os que cometeram crimes. (ZAFFARONI et al, 2011, p. 115)

Estes dois grandes modelos são compostos por teorias<sup>52</sup> que podem ser divididas em pelo menos cinco grupos: 1) as teorias absolutas, que tendem ao caráter meramente retributivo da pena; 2) as teorias da prevenção geral negativa, que veem na retribuição uma exemplarização; 3) as teorias da prevenção geral positiva, que pretendem reforçar o caráter simbólico de confiança das pessoas no sistema social; 4) as teorias da prevenção especial negativa, que atribui a pena uma função de neutralização da pessoa que cometeu o crime; 5) as teorias que combinam as teorias da prevenção especial positiva com versões moralizantes, depositando na pena uma expectativa de melhoramento da pessoa que cometeu o crime. (ZAFFARONI et al, 2011, p. 115-116)

Por certo, não existe a adesão pura de uma das teorias em cada sistema penal, elas conservam vigência, em maior ou menor grau, nas diversas sociedades, em construções ecléticas, formulando novos e, às vezes, incompatíveis discursos legitimantes. Na prática, denuncia Zaffaroni et al (2011, p. 114), esta pluralidade de teorias permite racionalizar qualquer decisão condenatória, escolhendo, oportunamente, o discurso mais apropriado para a ocasião. Por vezes, a teoria serve apenas para justificar uma decisão que já foi tomada, descumprindo a perspectiva de previsibilidade prometida pela dogmática penal.

Exemplo desse sincretismo na contemporaneidade poderia ser traduzido em um contexto simples e corriqueiro da administração da justiça criminal: quando a lei penal comina uma pena para determinada conduta, estaria atuando sob a hipótese da prevenção geral; a atividade jurisdicional pode ser traduzida, em determinada medida, como retribuição; e a fase de execução da pena, por sua vez, pode representar a ressocialização ou a neutralização dos sujeitos (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 133). Por certo que determinados sistemas penais podem priorizar uma das funções em detrimento de outras, mas a pena nunca funcionaria sob a justificativa de, puramente, de uma das teorias.

E embora esse discurso jurídico-penal legitimante, que propõe fundamentar ou pautar a aplicação das penas, se revele falso, uma vez que não almeja o alcance de seus fins declarados, sua permanência não pode ser ingenuamente justificada pela má fé (teorias conspiratórias) ou pela conveniência, mas, ao menos em boa parte, pela incapacidade de ser substituído por outro

---

<sup>52</sup> Sob uma perspectiva garantista, Carvalho (2008, p. 147) argumenta que muito longe de serem “teorias” da pena, propriamente ditas, não passam de discursos normativos sobre os objetivos da pena ou de teorias descritivas quanto às funções ou quanto as motivações da pena. No que se refere às teorias absolutas e relativas, Carvalho (2008, p. 146) aponta que as dificuldades decorrem da confusão metodológica entre a função ou motivação com o dever ser axiológico da pena, não diferindo a propostas de assunção da pena com a sua justificativa.

discurso. O fato é que “todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas da sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais” (ZAFFARONI, 1991, p. 14-15).

Questão que não pode ser ignorada, contudo, é a discrepância que há entre as funções declaradas da pena – discursos sustentados pela dogmática penal – e aquilo que realmente é almejado com a sua utilização<sup>53</sup> (GUIMARÃES, 2007, p. 98). Não se trata de um distanciamento em que a prática, por motivos meramente operacionais, não condiz com o que está previsto na teoria, mas intui alcançá-lo, trata-se da admissão de penas que declaram uma finalidade, mas que agem paradoxalmente para outra. Nas palavras de Karam (1994, p. 118), “a pena só se explica – e só pode se explicar – em sua função simbólica de manifestação de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução de poder”.

Há, por outro lado, a opção de aderir a um conceito de pena sem apelar para suas funções manifestas, já que desacreditadas, ou para suas funções latentes, por considerá-las múltiplas e desconhecidas em sua totalidade<sup>54</sup>. Trata-se da teoria agnóstica ou negativa da pena<sup>55</sup>, pela qual a pena pode ser identificada por um critério de exclusão: “um exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta. Revela-se uma coerção que impõe privação de direitos ou dor, mas que não corresponde a outros modelos de solução ou prevenção de conflitos”. (ZAFFARONI et al, 2011, p. 98-99)

As coerções reparadora e administrativa direta, assim como a pena, são formas de coerção estatal. A coerção reparadora constitui uma composição para resolução de conflitos em um modelo horizontal (entre indivíduos), mesmo que mediados por um poder vertical. Contrariamente, a pena é uma decisão de conflitos que advém de um poder vertical, que não os resolve, mas os suspende no tempo. A coerção administrativa direta, implica uma intervenção direta em bens ou em pessoas para viabilizar a execução das decisões administrativas,

---

<sup>53</sup> Historicamente, a pena de morte foi utilizada por longos anos como o principal meio de punição, e, embora fosse justificada oficialmente pela retribuição, tinha como fundamento produzir o temor na população para a conservação do Estado. Tomás de Aquino e Santo Agostinho, por exemplo, defenderam incisivamente em seus escritos a pena de morte sob o argumento utilitário de conservação do bem comum, mas em nenhum momento assumiram a importância de tal castigo para os interesses da Igreja. (GUIMARÃES, 2007, p. 97)

<sup>54</sup> “[...]As únicas proposições que podem ser afirmadas acerca das funções latentes são: a) que se trata de um complexo heterogêneo; b) que diferem em razão dos conflitos sobre os quais são exercidas; c) que qualquer enunciado redutor desemboca no simplismo; d) que as funções latentes da pena não podem ser isoladas do desempenho total do poder punitivo e, por conseguinte, de seu exercício mais significativo e para o qual a pena é quase um pretexto: o poder de vigilância; e) que, em qualquer caso, o poder punitivo exercido com a pena constitui somente uma parte ínfima, tendo em vista as dimensões do poder de vigilância, do paralelo subterrâneo.” (ZAFFARONI et al, 2011, p. 98)

<sup>55</sup> Se faz agnóstica porque confessa não conhecer a totalidade das funções da pena e negativa porque nega toda função manifesta do poder punitivo. (ZAFFARONI et al, 2011, p. 109)

empregada diante de iminente perigo de lesão ou para interromper uma em curso. Enquanto uma atividade lesiva não se iniciar ou perdurar, para evitá-la exerce-se a coerção administrativa direta, a partir do momento em que o perigo cessa, a coerção passa a ser punitiva. (ZAFFARONI et al, 2011, p. 101-107)

Um conceito negativo ou agnóstico de pena, em suma, tende a reduzi-la a um ato de poder, que, então, só tem explicação política. O poder punitivo nos moldes atuais, como visto em momento anterior, surge de um processo verticalizador do poder político, de uma estrutura política e social hierarquizada, preparada para dominar, da qual não pode se desvencilhar sem que coloque em risco sua própria existência. Nesse sentido, o que se pretende afirmar é que o caráter retributivo da pena - elemento que perpassa a maioria das teorias legitimantes da pena - não é uma finalidade em si, mas uma característica dela (ROCCO, 2005, p. 478), que surge por uma questão estritamente política e permanece como tal pelo mesmo motivo, mas não exatamente nas mesmas condições.

É claro que a privação de liberdade existe desde a antiguidade, como método acautelatório, e que se manifestava - e ainda se manifesta - enquanto um instrumento de poder, mas se estabeleceu como pena e obteve centralidade dentre as punições como um produto do iluminismo, tornando-se a coluna vertebral do sistema punitivo (FOUCAULT, 2010, p. 217). Seja pela via do utilitarismo, com a função de estabelecer a ordem interna sob o viés da vigilância, seja por meio de ideia de contrato social, sob a ideia de indenização pela violação do contrato, o fato é que a pena privativa de liberdade atende aos anseios mercantis e liberais dos Estados Modernos, permitindo não só o controle interno das sociedades, mas a unificação das punições, que a partir de então poderiam ser medidas em quantidade de tempo. (ZAFFARONI, 2012, p. 72)

Nessa perspectiva, é possível ponderar a contribuição de Beccaria, no contexto do século XVIII, com seu discurso sobre a humanização e proporcionalidade das penas. Trata-se de corroborar para um discurso geral de unificação, com foco nas relações mercantis, que permite resolver os problemas comerciais causados pela diferença dos pesos e de medidas diferentes em cada sociedade. A pena então, transformada em uma privação de liberdade por determinado tempo, serve não só para que o condenado fique privado de oferecer sua força de trabalho no mercado, estando sobre o controle do Estado, mas também para que se possa valorar a liberdade das pessoas (direito superestimado no liberalismo) em tempo. (ZAFFARONI, 2012, p. 72)

O aspecto retributivo/indenizatório da pena disseminado pelo contrato social iluminista vai se propagando no imaginário punitivo e tomando forma na transição para o modo

de produção capitalista, incluindo as relações entre os próprios indivíduos e entre os indivíduos e o Estado, na lógica mercantil. Quem viola um contrato, ou seja, não cumpre o acordo que assumiu, deve indenizar a outra parte pelo dano que causou. Esta lógica perpassa a ideia penal, de forma que, quem comete conduta delituosa, ou quem não obedece à ordem vigente, descumpra o contrato, logo, fica obrigado a reparar o dano, que, naquele momento inicial do processo de industrialização, significava a “doação” da sua força de trabalho. (ZAFFARONI, 2012, p. 72-73)

O processo histórico de fortalecimento do contrato social e o surgimento das demandas da modernidade determinaram outras necessidades de ordem, logo, novas estratégias para o controle social. Diante da experiência repressiva experimentada no Antigo Regime e, de alguma maneira, limitada pelo Estado Liberal, do período de acumulação de capital e das mudanças que a industrialização ocasionou, foi necessária uma mudança na forma de exercer a punição. A modernidade buscou uma utilidade para a pena: o disciplinamento, exercido sob um grande número de pessoas (pobres), que teriam sua mão de obra explorada dentro das prisões e privadas de qualquer benefício. (ANITUA, 2008, p. 202-203)

No período mercantilista – transição entre o feudalismo e o modo de produção capitalista – as punições sofreram consideráveis mudanças: do descarte dos corpos para a privação de liberdade. Diante da massa de desempregados (ex camponeses) que vagavam pelas ruas, vislumbrou-se a possibilidade de aproveitamento da força de trabalho, adotando-se penas utilitárias como a escravidão em galés e a servidão penal por meio de trabalhos forçados<sup>56</sup> (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 43). A obrigatoriedade para o trabalho na Inglaterra surgiu em 1349, com o decreto conhecido como “Estatuto dos Trabalhadores”, a partir do qual todo aquele desprovido de riqueza ficaria submetido à obrigação de trabalhar para outra pessoa em troca de subsistência.

Em prol da “higienização social”, surgiram – e depois se espalharam por toda a Europa – casas de correções que viabilizavam o trabalho da população subalterna: inicialmente como *poorhouses*, uma medida de assistência aos pobres; depois como *workhouses*, oficinas de trabalho, que mais tarde se tornaram instituições penais propriamente ditas<sup>57</sup> (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 69). Estas foram as instituições responsáveis pela conciliação, que

---

<sup>56</sup> Considerando o momento de expansão e exploração de novas frentes de domínios territoriais, a deportação dos criminosos para as colônias também era uma frequente opção punitiva, sendo os deportados obrigados a trabalhar nas terras colonizadas durante o período de cumprimento de suas sentenças (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 43)

<sup>57</sup> Nesse momento, foi difundida a ideia de que os ociosos que poderiam trabalhar, mas não o faziam, eram responsáveis pelo empobrecimento nas cidades, de forma que quem não se dispusesse a ter um ofício, por mais degradante que fosse, era odiado pela população. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, 67-82)

jamais se reverteu, entre trabalho, pobreza e prisão, cujos fins, não tem como negar, atendem aos interesses econômicos e políticos, diante do modelo de Estado vigente.

Não há dúvidas de que o sistema de justiça moderno se refaz a partir das necessidades produtivas impostas pelo contexto, recompondo a suposta desordem deixada pela sociedade hierárquica feudal. Os reformadores iluministas precisaram refundar o direito de punir - antes pertencente ao príncipe - frente aos novos interesses advindos da burguesia em ascensão, que, por sua vez, entendia imprescindível a limitação do poder político, assegurando o livre mercado. Mas a prisão teria um papel fundamental de disciplinamento, uma vez que restaria ao sistema punitivo adequar a massa de camponeses habituada ao trabalho rural, às condições assalariadas e ao rigor da fábrica. (CARVALHO, 2014, p. 101)

Explica Rosa del Olmo (2004, p. 62) sobre o surgimento das prisões:

[...] Era uma maneira de utilizar socialmente a força de trabalho das pessoas “indesejáveis” e ao mesmo tempo treiná-las para o trabalho como um meio de reserva de mão-de-obra. [...] Os baixos salários que se pagavam aos reclusos e o adiestramento dos novos trabalhadores não qualificados foram fatores importantes, mas a finalidade principal da pena privativa de liberdade desde seu início foi o ensinamento da disciplina do trabalho e especificamente a disciplina da fábrica.

Esta nova forma de punição generalizou-se ao longo do século XIX na Europa e a partir de então em todo o mundo ocidental<sup>58</sup>. A privação de liberdade seria a pena por excelência de uma sociedade que tinha como máxima fundamental a liberdade, e que, então, aplicava um castigo entendido como igualitário. Em uma sociedade onde todos os seus membros são livres, na medida em que se submetem a uma ordem, a pena privativa de liberdade surge para punir quem se recusa a se submeter, logo, na lógica liberal, a ser livre. Descumprindo a ordem, recusando-se a liberdade instituída pelo hipotético contrato, recebe a pena de privação de liberdade para que se “recupere” e deseje voltar a ser livre<sup>59</sup> (nos moldes do contrato lockeano). (DEL OLMO, 2004, p. 63)

Houve um esforço, não só por meio do sistema penal, para introjetar nas massas, que nesse momento se proletarizavam, a ética do trabalho. Era preciso que os trabalhadores introjetassem as premissas de “nobreza” que o trabalho, hipoteticamente, poderia oferecer,

<sup>58</sup> Antes, no século XVI, na Inglaterra, instituição de intuito similar teria surgido, primeiro como *houses of correction*, depois como *bridewells*, acolhendo vagabundos, ociosos, ladrões e autores de crimes de menor importância na tentativa de reformar os indivíduos por meio do trabalho (no setor têxtil) e da disciplina. Além disso, em tese, estas instituições tinham o papel de desencorajar outras pessoas a seguirem caminho diverso do trabalho estimulado naquele contexto. Pois, a política criminal da época atuava para consagrar a máxima de que quem não trabalhasse livre e mal remunerado, trabalharia preso e pior remunerado ou sem remuneração alguma. (MELOSSI; PAVARINI, 2010, p. 36)

<sup>59</sup> “A instituição teria, por sua vez, de criar os mecanismos necessários para ajudar o indivíduo a querer ‘voltar a ser livre’. Isto é, teria de servir como aparelho de transformação e, portanto, de estabelecer certa ‘normas’. A implementação da nova pena ocorreu inicialmente no Estados Unidos, em seu processo de formação como nova sociedade que rompia com seu passado colonial”. (DEL OLMO, 2004, p. 64)

desaguando no controle da subordinação. Nesse momento, o Estado contava com a atuação das doutrinas religiosas ligadas à reforma para propagar a narrativa de que o trabalho dignificava o homem, ideia que prevalece ainda hoje no conceito de ressocialização, quando o vincula ao exercício de atividade laboral.<sup>60</sup> (GUIMARÃES, 2007, p. 119)

Percebe-se, com as legislações criminalizantes dos movimentos sindicalistas naquele contexto, bem como sobre o uso da prisão como controle da pobreza, que o liberalismo não se baseava, na prática, na falta de intervenção estatal, mas, ao contrário, pela incisiva intervenção penal (estatal) como meio de contenção e de controle do explorados (ANITUA, 2008, p. 202-203). A estratégia para estabilizar a ordem industrial emergente era deter o radicalismo e o socialismo, em geral. Assim, associou o delito e a vagabundagem foi associado à anarquia, enquanto revolução foi popularizada como um movimento desintegrador da sociedade, rompedora da segurança proporcionada pelo suposto contato social (DEL OLMO, 2004, p. 79).

A expansão industrial, aproximadamente a partir de 1870, corroborou no surgimento de potências não-europeias, como os Estados Unidos, na ordem econômica, acirrando a disputa pela hegemonia mundial, logo, ditando os rumos da política criminal<sup>61</sup>. Com o interesse das ciências humanas e biológicas sobre o fenômeno criminal, as prisões nos Estados Unidos se tornaram, primeiro, observatórios, depois, laboratórios, dando origem aos mais diversos estudos sobre o crime e a criminalidade, os quais serviriam de instrumento para justificar um “melhor” controle social do delito, com perspectiva unificada, a nível mundial. (DEL OLMO, 2004, p. 68-73)

Mais tarde, consolidado o modo de produção capitalista, quando não é mais necessário ensinar a população a trabalhar nas fábricas, a prisão se mantém com a tarefa de gerir a pobreza, protegendo o patrimônio da burguesia. As casas de correção, antes destinadas ao ensino do

---

<sup>60</sup> A divisão do trabalho, bem como as ocupações que cada indivíduo deveria desempenhar na sociedade pautava-se no desejo divino. Por um lado, propaga-se a ideia (luterana) de vocação, ou seja, as pessoas deveriam aceitar o trabalho, nas condições em que fosse estabelecido, como o cumprimento de um dever imposto por Deus. Doutro lado, havia a ideia (calvinista) de predestinação, de forma que o trabalho de cada um já havia sido escolhido por Deus e só aceitando-o e exercendo-o incansavelmente seria possível alcançar o reino dos céus. (GUIMARÃES, 2007, p. 119)

<sup>61</sup> Ignorando propositadamente a complexidade em torno do movimento político de abolição da escravidão e dos interesses oficiais por trás de tal medida, a 13ª Emenda à Constituição Americana, acaba apenas mudando os legitimados para explorar a mão de obra involuntária. Isso porque, apesar de abolir a escravidão, admitia o uso de trabalho forçado – eufemismo para servidão involuntária – como método de punição em razão de condenação criminal. Essa dinâmica possibilitou que os “ex-escravizados”, embora livres da relação privada de servidão, em sua maioria, não foram inseridos na condição de trabalhadores, por isso, marginalizados socialmente. Como resultado inevitável, acabavam sendo inseridos no sistema penal pela prática de condutas relacionadas à vadiagem, e com isso condenados aos trabalhos forçados, agora como forma de cumprimento de pena, retroalimentando esse sistema de disciplina pelo cárcere. (DAVIS, 2018, p. 23-41) O texto original da 13ª Emenda é: “Neither slavery nor involuntary servitude, **except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted**, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.” (grifo meu). Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiii>> Acesso em 12 ago 2021).

trabalho nos moldes capitalistas, passaram a ser depósitos humanos, nos quais o trabalho, então, se tornou apenas um instrumento de infligção de sofrimento. Foi exatamente este o marco temporal que evidenciou o uso eminentemente econômico e político da prisão, tendo a privação de liberdade alcançado a posição central que nunca mais perdeu. (GUIMARÃES, 2007, p. 147-148).

Nos moldes foucaultianos, a prisão surge e se estabelece como uma instituição, dentre outras, capaz de promover a dominação por meio de uma ideia de disciplina e adestramento. Embora seja inserida na história das punições sob o discurso de humanização das penas (conto beccariano), a vigilância dos corpos se propaga como uma fórmula mais eficaz e econômica de controle social do que a punição em si, o que explica o sucesso da pena privativa de liberdade como pena central. Trata-se de uma tecnologia moderna do poder que, ao criar as regras para o “tratamento” prisional, intui uma transformação dos indivíduos a ela submetidos na lógica utilitarista. (CARVALHO, 2008, p. 180)

Foucault (2010, p. 133) entende a(s) disciplina(s) como o(s) método(s) que permite(m) o controle minucioso do corpo, realizando a sujeição constante de suas forças e impondo uma relação de “docilidade-utilidade”, ideia desenvolvida sob as noções panópticas de Bentham<sup>62</sup>. (FOUCAULT, 2010, p. 186-194). O dispositivo implicava numa coerção constante, que impunha vigilância sobre os processos da atividade efetuada pelos corpos mais do que sobre o resultado dessas atividades, exercendo-se de maneira que exige ao máximo o tempo, o espaço e os movimentos dos corpos aos quais se exerce a dominação. (FOUCAULT, 2010, p. 133)

Desenvolvendo a função das instituições prisionais dentro do modo de produção capitalista, Foucault (2013, p. 120-121) afirmou que “se a prisão se impôs porque era, no fundo, apenas a forma concentrada, exemplar, simbólica de todas [...] instituições de sequestro criadas no século XIX”. A expressão “instituição de sequestro” foi popularizada por Foucault para se referir a categoria de instituições, dentro das sociedades disciplinares, que se encarregam da transformação do tempo vital, dos corpos e da criação de um novo poder incidindo sobre a sociedade (polivalente e polimorfo), que garante a inclusão (por meio da exclusão) e a normalização dos sujeitos (ANITUA, 2010, p. 68).

A ideia da prisão como uma instituição de sequestro se relaciona, em determinada medida, com uma das categorias (a destinada à proteção da comunidade contra perigos

---

<sup>62</sup> “[...] O panoptismo é um dos traços característicos da nossa sociedade. É uma forma de poder que se exerce sobre indivíduos em forma de vigilância individual e contínua, em forma de controle de punição e recompensa e em forma de correção, isto é, de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas.” (FOUCAULT, 2013, p. 103)

intencionais) daquilo que Goffman chamou de “instituições totais”. Ao problematizar as estruturas institucionais das sociedades ocidentais, Goffman (1961, p. 16) teria desenvolvido a ideia de que algumas instituições são mais “fechadas” do que outras, sendo “seu caráter total simbolizado pela barreira à relação social com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no sistema físico – por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, florestas ou pântanos”.

Analisando o comportamento estimulado e desenvolvido dentro das instituições totais, Goffman observa que parece ser característico de todos estes estabelecimentos que os internos devam apresentar deferências específicas e pré formuladas à equipe dirigente como forma de convencer sobre o progresso do seu “tratamento”. Diferente das instituições sociais comuns, nas instituições totais esta deferência é colocada numa base formal (regras de boa conduta) da qual o não obediência resulta na aplicação de sanções negativas e específicas para cada infração, oportunidade em que a “insubordinação” é explícita e especialmente castigada. (GOFFMAN, 1961, p. 101)

Em consonância com a ideia almejada na aplicação da expressão instituição de sequestro (FOUCAULT, 2013, p. 120-121) inserida na categoria de instituição total (GOFFMAN, 1961, p. 16), Thompson (1976, p. 51) indica que a característica mais marcante da prisão, analisada sob a perspectiva de um sistema social (uma sociedade intramuros dentro de uma sociedade extramuros), é a de que ela representa o estabelecimento e a manutenção de um agrupamento de pessoas submetidas a um controle total, ou quase total, que, por meio das regulações minuciosas, vigilância constante, disciplina, concentração de poder nas mãos de poucos, impossibilidade de simbiose entre o grupo que exerce o poder e o grupo sob o qual o poder recai, corrobora para identificar o regime prisional como um regime totalitário.

Outro ponto relevante mencionado por Thompson (1976, p. 52-53) é o inevitável processo de prisionização, que indica em maior ou menor grau, a aceitação do papel inferior imposto aos internos, a assimilação da organização prisional, a adoção do linguajar local, a introjeção do trabalho como definidor da condição de “reintegração”, a naturalização da publicização dos momentos de intimidade e aceitação da carência quanto a satisfação das necessidades mais básicas. Nesse sentido, Thompson (1976, p. 51-52) pondera que, sendo o poder no âmbito prisional exercido exclusivamente na força e reconhecendo esta como uma das características pertinentes as instituições totais, sua atuação implicaria necessariamente na ilegitimidade do poder exercido.

Ao fazer consideração sobre a pena contemporânea e sua bagagem histórica, cuja centralidade se dá na privação de liberdade, França Júnior (2019, p. 23) menciona que a “sua

existência consubstancia-se na face mais violenta e invasiva do exercício do poder político” - e complemento: econômico. Essa íntima relação entre o poder político e a questão criminal foi, por muito tempo - e ainda é por boa parte da academia -, ignorada, uma vez que se tenta afastar do núcleo de discussão sobre as penas a ideia de função e de fim do Estado. (ZAFFARONI, 2012, p. 73)

## 4 EM BUSCA DO DIREITO PERDIDO

“Todas as coisas foram ditas. Porém, como ninguém escuta, é necessário começar de novo”  
(GIDE, 1984, p. 9)

Se os sistemas penais dos países centrais já atuam, por si só, de maneira a selecionar as populações mais vulneráveis (pobreza), com mecanismos disciplinares de vigilância e neutralização no cumprimento da pena privativa de liberdade, nos países periféricos, devido aos processos de colonização, neocolonização e globalização que sofreram, e que inevitavelmente influem na configuração das desigualdades sociais, esta seleção se dá de forma mais acentuada, reforçando a marginalização, que mesmo entre conterrâneos, se pauta em relações de dominação numa lógica colonizador-colonizados.

Os selecionados pelos sistemas penais na América Latina, países considerados periféricos, sofrem violências ainda maiores advindas do poder punitivo, não só porque o Estado periférico exerce o poder punitivo sobre seus cidadãos, mas porque os Estado centrais exercem seu poder sobre os Estado periféricos, que, então, (des)estruturados nessa relação, exercem seus poderes sobre seus cidadãos numa lógica eurocêntrica, sem levar em consideração as peculiaridades e marginalidade de suas próprias sociedades.

O Brasil, enquanto fragmento dessa marginalidade, tem em seu sistema prisional o inevitável reflexo da falência de suas políticas públicas voltadas para a redução das desigualdades sociais, encarcerando cada vez mais determinados grupos, que já não conseguiam inserir politicamente suas demandas no sistema democrático e que depois de serem selecionados pelo sistema penal, permanecem à margem. As prisões brasileiras representam a conformação da alienação legal, amplamente conhecida pelos poderes do Estado e até mesmo reconhecida no âmbito judicial.

Seria a resistência uma alternativa legítima para lidar com a violência estatal perpetrada contra grupos para os quais o regime democrático não conseguiu estabelecer participação no governo ou mesmo garantias básicas de direitos fundamentais? Estaria os grupos sociais vulneráveis de países periféricos condenados a se conformar em estar à margem em um país já marginalizado, carente de seus direitos mais básicos sem nem mesmo questionar a suposta obediência ao direito?

### 4.1 AS PRISÕES DA AMÉRICA LATINA: O FENÔMENO DAS MORTES ANUNCIADAS

Embora pareça que o poder punitivo, suas agências e os instrumentos dos quais dispõe atuem de maneira padronizada no contexto de um mundo globalizado, enquanto poder político diante de uma estrutura social, constitui-se de acordo com a trajetória histórica, espaço geográfico, intervalo de tempo, interesse econômico e ideologia vigente em cada sociedade. Seria ingênuo acreditar que nos países centrais o poder punitivo atue da mesma maneira com que atua nos países periféricos, uma vez que estes têm em sua formação questões de ordem estrutural peculiares que fazem com que o poder punitivo seja exercido de forma singular, agravando sua seletividade e seu exercício de dominação característicos.

As sociedades capitalistas contemporâneas possuem em comum a prevalência de um neoliberalismo, que, ao destruir as bases assistenciais dos Estados, acentuou as desigualdades sociais, principalmente nos países periféricos. O reflexo dessa diferença para o exercício do controle social se dá na verificação de dois extremos: os que muito possuem dispõem também de poder, os que nada tem, não tem muito a perder com a insubordinação à ordem - talvez a ganhar. Assim, as desigualdades no que tange a distribuição dos bens, que afeta também a participação das decisões políticas e o acesso a garantia de seus direitos, dificulta a governança, logo, a imposição de uma política criminal que seja efetiva no controle social. (CARVALHO, 2014, p. 115-118)

Não se pode negar que as teorias que tratam do sistema penal como um instrumento de dominação voltado às populações mais vulneráveis são aplicáveis a todos os países capitalistas contemporâneos, sejam eles centrais ou periféricos. Nos países periféricos, no entanto, a atuação violenta e seletiva da repressão penal se torna uma consequência de sua própria estrutura, já que o número de pessoas a serem alcançadas, as excluídas socialmente, é significativamente maior. É exatamente este contingente o alvo de uma violência também maior, uma vez que a vulnerabilidade daqueles considerados à margem nos países periféricos é diversa daquela marginalizada nos países centrais<sup>63</sup>. (ANITUA, 2020, p. 71)

Zaffaroni (1991, p. 14-16) já havia denunciado há algum tempo que a realidade operacional dos sistemas penais latino-americanos jamais seria compatível com a planificação do discurso jurídico-penal, não só pela impossibilidade advinda da falsidade desse discurso, que, como característica, reproduz violência, concentra poder, promove a verticalização social,

---

<sup>63</sup> Não é correto generalizar termos como “minorias” ou “classe trabalhadora”, uma vez que na Europa e nos Estados Unidos elas tem um sentido diverso do que nos países de Terceiro Mundo. Naqueles, tais categorias representam diferenças sociais que não resultam na falta de acesso aos direitos mais básicos, nestes, as categorias refletem miséria e exclusão social. (ANIYAR DE CASTRO; CODINO, 2017, p. 424)

mas também por reconhecer a América Latina, por si só, como uma instituição de sequestro, principalmente na esfera dos setores socialmente menos favorecidos. O processo de colonização iniciado no período mercantil<sup>64</sup>, bem como os rastros da escravização, produzindo um sistema racista, fundamentado numa relação de dominação, são marcas sociais e estruturais dos países latino-americanos (ANITUA, 2010, p. 68).

A relação de exploração entre metrópole e colônia estruturou os países periféricos como grandes instituições de sequestro, assim, nestes, a prisão não poderia funcionar da mesma maneira que nos países centrais. Trata-se de uma instituição de sequestro (prisão) funcionando dentro de outra instituição de sequestro (América Latina), ou seja: a função atribuída às prisões nos países centrais, reunindo a população marginalizada de forma a mantê-la excluída socialmente, nos países periféricos já era exercida pela própria instituição colonial, restando ao cárcere ser apenas um “plus” da violência já exercida pela estrutura colonial. (ZAFFARONI, 1991, p. 76-78)

Ao ponderar a atuação do poder colonizador na América Latina e seus reflexos nessa estrutura, Zaffaroni (1991, p. 74-75) afirma que não se pode ignorar

[...] um exercício de poder que priva da autodeterminação, que assume o governo político, que submete os institucionalizados a um sistema produtivo em benefício do colonizador, que lhe impõe seu idioma, sua religião, seus valores, que destrói todas as relações comunitárias que lhe pareçam disfuncionais, que considera seus habitantes como sub-humanos necessitados de tutela e que justifica como empresa piedosa qualquer violência genocida, com o argumento de que, ao final, redundará em benefício das próprias vítimas, conduzindo à “verdade” (teocrática ou científica).

As revoluções mercantil (século XVI) e industrial (século XVIII) ocasionaram na América Latina processos que caracterizaram – e ainda caracterizam – sua organização social, logo, influem nos seus métodos punitivos. Aqueles provenientes do período colonial: a destruição generalizada da cultura originária e a escravização por meio do sequestro para as colônias dos povos negros; e aqueles advindos do período neocolonial: a imposição do poder nas mãos de minorias locais que representavam os interesses das potências industriais, após consumada a suposta independência política das colônias<sup>65</sup> (ZAFFARONI, 1991, p. 118-119). Como consequência, o poder punitivo foi empregado para sua conversão em campos de

---

<sup>64</sup> O processo de colonização dos países Latino-Americanos possui íntima relação com as punições europeias desenvolvidas no período mercantil: escravidão nas galés, afinal, alguém precisava remar e manter ativos os navios que saíam para explorar; deportação, uma vez que a força de trabalho e o povoamento das colônias era imprescindível; e, mais tarde, quando as duas primeiras penas já não eram tão úteis, prevaleceu a servidão por meio de trabalhos forçados, ideia que originou e se perpetuou como prisão. (RUCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 43)

<sup>65</sup> O primeiro impõe uma inferioridade à colônia por não haver recebido a mensagem cristã (versão ingênua e romântica sobre os povos originários), o segundo impõe esta mesma inferioridade, mas pela suposta selvageria (versão biologicamente racista). (ZAFFARONI, 1991, p. 118-119)

concentração para os povos originários e para a população escravizada que chegava (ZAFFARONI, 2011, p. 46).

Nos períodos de colonização e de neocolonização, a ideia imposta aos habitantes dos países periféricos não dissocia-se da disseminada nos países centrais por meio do discurso político, mas também do jurídico-penal, de que o trabalho e a submissão imposta por meio da privação de liberdade são necessários para que aqueles que não sabem ser livres, não se submetem à lógica mercantilista ou capitalista de exploração - ou seja, rompem com o suposto contrato social - aprendam a ser livres e, por isso, civilizados (ZAFFARONI, 2011, p. 46-47).

A diferença está no modo como tal coisa foi imposta, uma vez que nos países centrais incide em determinadas parcelas da população (sobre a pobreza), enquanto nos países colonizados, quase todos – tanto os povos originários como os povos negros traficados e escravizados – são alvos de tal política (social e criminal). Indica Mbembe (2020, p. 32-33) que “no pensamento filosófico moderno assim como na prática do imaginário político europeu, a colônia representa o lugar em que a soberania consiste fundamentalmente no exercício de um poder à margem da lei (*ab legibus solutus*) e no qual a ‘paz’ tende a assumir o rosto de uma ‘guerra sem fim’.”<sup>66</sup>

Nessa situação, então, existe uma violência inovadora vinculada aos efeitos comuns da marginalização punitiva somada àquela estruturalmente realizada pelos processos de colonização e neocolonização característicos dos países periféricos, de modo a conformar todo o subcontinente como um lugar de reclusão, ou seja, como uma instituição de sequestro (ANITUA, 2020, p. 71). Este poder, ostensivo e dominante, permaneceu nos países colonizados, sem muitas alternativas, até décadas depois de suas supostas independências, sob o amparo de repúblicas oligárquicas, que mantiveram as maiorias em condição de servidão, não só por meio do trabalho, mas também dos métodos punitivos. (ZAFFARONI, 2011, p. 48-49)

As prisões nos países colonizados funcionaram na contenção das maiorias marginalizadas para mantê-las no baixo nível tecnológico, com uma economia primária, funcionando como mero complemento das economias dos países centrais. O modelo de controle não se tratava daquele disciplinador, proposto por Bentham, como nos países centrais, mas o

---

<sup>66</sup> Explica Mbembe (2020, p. 34-35): “as colônias não são organizadas de forma estatal e não criaram um mundo humanos. Seus exércitos não formam uma entidade distinta, e suas guerras não são guerras entre exércitos regulares. Não implicam a mobilização de sujeitos soberanos (cidadãos) que se respeitam mutuamente, mesmo que inimigos. Não estabelecem distinções entre combatentes e não combatentes [...] Assim, é impossível firmar a paz com eles. [...] as colônias são zonas em que guerra e desordem, figuras internas e externas da política, ficam lado a lado ou se alternam. Como tal, as colônias são o local por excelência em que os controles e garantias de ordem judicial podem ser suspensos – a zona em que a violência do estado de exceção supostamente opera à serviço da “civilização”. O fato de que as colônias podem ser governadas na ausência absoluta de lei provém da negação racial de qualquer vínculo comum entre conquistador e nativo.”

da inferioridade biológica, proposto por Lombroso, sob a premissa de aproximação entre o perfil criminoso e a selvageria, característica atribuída aos colonizados. A estruturação das colônias nessa lógica colonialista não passou de um *apartheid* criminológico, designado por fatores tidos como naturais, diante do discurso jurídico-penal vigente nas metrópoles. (ZAFFARONI, 1991, p. 77)

A própria utilização da pena de prisão como instrumento central de punição traduz a perpetuação do discurso jurídico-penal dos países centrais (de forma colonialista), ainda sob a lógica de que é importante para os interesses do mercado que as punições sejam unificadas. Em 1930, em Praga, durante o X Congresso Penitenciário Internacional, momento em que se estabelecia o uso da prisão celular como o meio mais adequado para a aplicação da pena, o único representante brasileiro, Candido Mendes de Almeida, afirmou que as altas temperaturas do Brasil tornaria insustentável tal modelo - detalhe este que atinge três quartos do planeta -, o que não foi levado em consideração no relatório conclusivo<sup>67</sup>. (DEL OLMO, 2004, p. 113-114)

Ao estudar a origem da criminologia - positivista, inevitavelmente - na América Latina, Del Olmo (2004) demonstrou que os estudos em torno do crime e da criminalidade e as políticas criminais deles advindos não poderiam ser considerados latino-americanos, eram apenas uma transnacionalização do saber criminológico desenvolvido pelos centros de poder dos países centrais, com base nas suas estruturas sociais e na sua lógica dominante. Apenas em meados de 1970 e 1980 é que se pode dizer que a criminologia de viés crítico fez um recorte para lidar com a América Latina e suas especificidades e, mesmo assim, sob o paradigma criminológico dos países centrais, de onde se pressupõe o ponto de partida de todas as ciências e seus métodos. (ANIYAR DE CASTRO; CODINO, 2017, p. 344)

No século XX, a Revolução Mexicana, datada entre 1910 e 1920, deu início à derrubada das oligárquicas, o que transformou o poder punitivo nos moldes das ditaduras e dos processos populistas, de caráter protecionista e nacionalista. Esses regimes foram responsáveis pela montagem de um sistema penal subterrâneo, exercendo um poder punitivo ilimitado, pervertendo medidas constitucionais de exceção e impondo penas sem qualquer processo. Elegeram inimigos aos quais combatiam por meio de um sistema penal paralelo, que se utilizava

---

<sup>67</sup> “[...] Não se levou em conta porque as normas universais são criadas de acordo com as necessidades dos países hegemônicos e, neste caso, não interessam as dificuldades que o clima tropical possa gerar, porque não afeta esses países.” (DEL OLMO, 2004, p. 113-114)

de detenções administrativas, restando indesejáveis medidas de extermínio ou execuções policiais sem processo<sup>68</sup>. (ZAFFARONI, 2011, p. 49-50)

Nas décadas de 70 e 80, nos países centrais, a preocupação das ciências em torno da criminalidade era entender as consequências da crise do Estado-Providência, na América Latina, no entanto, a preocupação era com a ameaça à população marginalizada, reflexos do capitalismo de Estado, da formação de um Estado teocrático ou de um Estado de segurança nacional. Significa dizer que a criminologia nos países latino-americanos não poderia se ater – embora, por diversos motivos, tenha priorizado questões secundárias -, como nos países centrais, à conduta criminosa, mas à violência exercida pelo poder, o que inclui a violência institucional e a violência institucionalizada. (ANIYAR DE CASTRO; CODINO, 2017, p. 425)

Nos países latino-americanos o período perfaz um momento no qual vigorava ditaduras militares, nas quais o autoritarismo não só atravancava as universidades e pesquisas, mas também provocava incisivas violações de direitos humanos fundamentais sob a ideologia da Segurança Nacional, fomentando uma situação constante de guerra, motivo no qual fundamentava o reforço da ordem interna, logo, o aumento de repressão penal. A política criminal de segurança nacional caracterizou-se pela supressão do Direito Penal comum em prol do Direito Penal Militar. O contexto justifica o fato da criminologia não (poder) se ater, nesse momento, a denunciar a violência institucional, afinal era inconcebível. (ANIYAR DE CASTRO; CODINO, 2017, p. 427)

Mas esta diferença não se dá só pelo contexto ditatorial, mesmo em um contexto democrático, como se afirmou em momento anterior, não há motivos para reivindicar uma criminologia ou um saber penal conforme os modelos dos países centrais, uma vez que nos países latino-americanos as violações de direitos humanos fundamentais são corriqueiras em desrespeito à princípios elementares da justiça social<sup>69</sup> (ANIYAR DE CASTRO; CODINO, 2017, p. 427). A realidade latino-americana demonstra que dentre as nuances do sistema penal, a criminalização secundária ocupa posição preocupante nos dados sobre o aprisionamento, bem como as prisões cautelares no fenômeno do superencarceramento.

Os sistemas prisionais latino-americanos são marcados pela irregularidade com que as instituições penitenciárias atuam, descumprindo constituições, leis, convenções e regras

---

<sup>68</sup> Dentre as peculiaridades latino-americanas no que se refere ao poder punitivo, destaca-se a atuação da polícia - formada no contexto dos períodos ditatoriais militarizados -, principal agência de seleção do sistema, responsável, ainda hoje, pelos elevados índices de pena de morte extralegal. (ANITUA, 2020, p. 71)

<sup>69</sup> Por este motivo é que Zaffaroni propõe uma criminologia pautada em um realismo marginal, que “revele a violentíssima contenção repressiva dos mais carentes e a violência de mesma magnitude que implica na invulnerabilidade dos poderosos”. (ANIYAR DE CASTRO; CODINO, 2017, p. 427)

internacionais, embora os governos não queiram se indispor não aprovando-as (ANIYAR DE CASTRO, 2010, p. 89). A dificuldade em se aprofundar em tais constatações está na indisponibilidade de dados reunidos e organizados pelo países latino-americanos. Primeiro, porque não é de interesse dos Estados demonstrarem a violência de seus próprios sistemas penais escancarados na realidade penitenciária, depois, porque cada Estado tem critérios e metodologias próprias para a produção de relatórios, que sequer coincidem em sua periodicidade.

No ano de 2011, no entanto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que compõe a Organização dos Estados Americanos (OEA), emitiu um informativo acerca dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas, do qual se pode retirar alguns dados importantes acerca da situação prisional dos países latino-americanos. Reforçando a condição de garante a qual o Estado se obriga nas relações prisionais, o informativo destaca a necessidade de que a maneira e método utilizado para a execução da privação de liberdade não exceda o nível de sofrimento inerente, por si só, à reclusão. (OEA, 2011, p. 25)

De um modo geral, o informativo (OEA, 2011, p. 1) apontou como principais problemas prisionais da América: a superpopulação carcerária, as deficientes condições dos estabelecimentos prisionais, os altos índices de violência carcerária, o emprego da tortura com fins de investigação criminal, o uso excessivo da força por parte dos agentes de segurança dos centros penais, o excesso de prisões processuais, a ausência de medidas efetivas para proteção dos grupos vulneráveis inseridos no sistema, a falta de programas laborais e educativos (ou de transparência nos mecanismos dos programas), bem como a corrupção e a falta de transparência da gestão penitenciária.

Diante do crescimento constante da população carcerária, no intuito de problematizar a relação entre o excessivo uso da prisão preventiva com a superlotação carcerária e com a falta de separação entre presos condenados e processados, em 2013, a Comissão publicou um relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, indicando que, naquele momento, mais de 40% da população carcerária nas Américas se encontrava em prisão preventiva, embora as legislações dos Estados fossem claras em reconhecer o direito à presunção de inocência, bem como a excepcionalidade da prisão processual. (OEA, 2013, p. 2)

Tal relatório foi categórico ao afirmar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerava o uso excessiva da prisão preventiva contrário à essência do Estado Democrático de Direito, apontando a utilização de tal medida como instrumento de celeridade processual, da qual resultaria a antecipação da pena, é explicitamente uma violação ao regime estabelecido pela Convenção, pela Declaração e pelos princípios que inspiraram a Carta da

Organização dos Estados Americanos. O relatório, então, estabeleceu que, apesar da complexidade do problema, sua causa estaria vinculada com as deficiências estruturais dos sistemas de administração da justiça, às ameaças à independência judicial, às questões relacionadas ao desenho legal ou mesmo enraizadas na cultura e na prática judicial<sup>70</sup>. (OEA, 2013, p. 2-3)

Insistindo na temática, em 2017, a CIDH publicou um informativo sobre as medidas dirigidas a reduzir o uso das prisões preventiva nas Américas, dando orientações mais específicas sobre a adoção de medidas que pudessem reduzir o uso da prisão preventiva, tais como a revisão periódica da prisão preventiva, ações que pudessem garantir a realização de audiências nos cárceres sobre a procedência da prisão processual, a utilização de medidas alternativas à prisão preventiva, quanto a introdução de mecanismos eletrônicos de monitoramento em matéria penal. (OEA, 2017, p. 12)

Em especial, a Comissão destacou sua preocupação com a adoção de medidas estatais que buscavam punir condutas relacionadas com drogas, principalmente aqueles considerados delitos menores como o consumo e a posse para uso pessoal, que, naquele momento, parecia evidente na contribuição do número de pessoas privadas de liberdade. No informativo, a CIDH demonstrou insatisfação com a atuação dos Estados que tratavam os consumidores de drogas sob uma ótica repressiva e criminalizadora ao invés de lidar com a situação por meio de políticas voltadas à saúde pública. (OEA, 2017, p. 14)

No que se refere especificamente à América Latina, o Instituto Garapé<sup>71</sup> publicou uma nota estratégica, em 2019, no intuito de informar a dinâmica do crescimento da população carcerária latino-americana. Na nota, o Instituto informou que em 2016 a população carcerária mundial foi estimada em 10,4 milhões, cerca de 144 presos para cada 100 mil habitantes, na América Latina, a população carcerária chegou a 1,4 milhões, o que corresponde a aproximadamente 241 presos a cada 100 mil habitantes. A partir de dados disponibilizados à

---

<sup>70</sup> Dentre outras coisas, constou no relatório (OEA, 2013, p. 14) como recomendação para diminuição da população prisional: a necessidade de assegurar um enfoque integrado do processo penal e dos programas conexos, a imprescindibilidade de um prazo razoável na tramitação dos processos, uma política criminal voltada para garantia de direitos fundamentais, adoção de medidas concretas que assegure a excepcionalidade da prisão preventiva, a utilização da pena privativa de liberdade com proporcionalidade e como última razão, o fortalecimento de medidas cautelares diversas da prisão ou desencarceradoras e também preventivas da reincidência, o aumento da capacidade penitenciária apenas ser for absolutamente necessário, o estabelecimento e o desenvolvimento de sistemas e operadores que possam dar conta de uma gestão eficaz das informações judiciais e penitenciárias.

<sup>71</sup> Trata-se de um instituto (*think and do tank*) independente focado nas áreas de segurança pública, climática, digital e suas consequências para a democracia. Tem por objetivo propor soluções e parcerias para desafios globais por meio de pesquisas, novas tecnologias, comunicação e influência na elaboração de políticas públicas. O Instituto, sem fins lucrativos, apartidário, com sede no Rio de Janeiro, trabalha com governos, setor privado e sociedade civil para desenhar possíveis soluções para problemas sociais baseadas em dados. Mais informações podem ser acessadas em: <https://igarape.org.br/>.

nível mundial, o instituto verificou que na última década em nenhum outro continente a população carcerária teve um aumento tão vertiginoso e veloz. (INSTITUO IGARAPÉ, 2019, p. 3)

Em análise aos dados, o Instituto Garapé ponderou que a quantidade e o tempo de permanência dos presos na prisão é o que determina o tamanho espantoso do contingente carcerário, denunciando que o crescimento da população carcerária da América Latina está intimamente relacionado com o aumento de medidas e políticas punitivistas na região. A nota aponta que a escalada de tais medidas e políticas é bem documentada e pode ser explicada, dentre outras coisas, pelo nítido fracasso das instituições públicas em resolver a criminalidade e a pobreza, o que segundo o Instituto, deve-se às políticas neoliberais adotadas nas décadas de 1980 e 1990. (INSTITUO IGARAPÉ, 2019, p. 6)

O Instituto argumentou em sua nota que a situação de superlotação carcerária, associada ao populismo penal, pode estar relacionada com a decepção com os processos democráticos e com as políticas econômicas vivenciadas na região, motivo pelo qual a população latino-americana tem acreditado que a intensificação da punição é a maneira mais eficaz para reduzir a criminalidade. A nota informa que 1/3 das vítimas dos crimes que compõem as estatísticas latino-americanas apoiam, em certas circunstâncias, que haja violação da lei por parte da polícia para que se possa combater o crime e a criminalidade, aceitando a relativização de direitos e garantias fundamentais, bem como o devido processo legal. (INSTITUO IGARAPÉ, 2019, p. 6-8)

Em 2002, em um evento latino-americano sobre o sistema prisional ocorrido em Costa Rica, o sistema penitenciário regional foi qualificado como “um barril de pólvoras prestes a explodir”, denunciando a violência do sistema carcerário e a preocupação com as mortes a ela relacionadas (ANIYAR DE CASTRO, 2010, p. 89). Mais tarde, a expressão “mortes anunciadas”<sup>72</sup> foi utilizada por Batista e Zaffaroni, em um evento realizado em Salvador/BA, para se referir as mortes causadas pelo exercício violento do sistema penal e que ocorriam (e ocorrem) de forma massiva e normalizada na região latino-americana (ANIYAR DE CASTRO; CODINO, 2017, p. 430). Aniyar de Castro (2010, p. 97) também cunhou a expressão “mortos da democracia” para se referir aos transgressores na América Latina, uma vez que parece não serem perdoados pela não existência legal da pena de morte.

---

<sup>72</sup> A expressão retoma obra de Gabriel García Márquez, *Crônica de uma morte anunciada*, e trata-se de uma analogia para se referir às mortes de responsabilidade do sistema penal latino-americano, principalmente as execuções extrajudiciais. (ANIYAR DE CASTRO; CODINO, 2017, p. 430).

Não há como negar haver um consenso não só acadêmico, mas também judiciário, sobre o estado caótico das prisões na América Latina. Em 1998, após ação envolvendo as condições das penitenciárias de Bogotá e de Bellavista de Medellín, a Corte Constitucional Colombiana reconheceu, em uma decisão histórica, que as precárias condições dos dois estabelecimentos em questão representavam a maior parte das instituições penitenciárias do país, constatando todos os elementos ensejadores para declaração de Estado de Coisas Inconstitucional. Nesse caso, a realidade carcerária colombiana foi considerada um produto da omissão permanente do Estado e da sociedade, diante da ausência de provimentos legislativos destinados à solução do problema, bem como da inexistência de políticas públicas para o mesmo fim. (COLÔMBIA, 1998, n.p)

No Brasil, em 2015, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se manifestar sobre a realidade do sistema prisional brasileiro na ADPF n. 347, tendo, mais tarde, reconhecido, pela primeira vez, o Estado de Coisas Inconstitucional, apontando as reiteradas violações de direitos fundamentais frente a população carcerária, as diversas falhas estruturais no sistema de justiça criminal, a falência e a insuficiência das políticas públicas destinadas ao melhoramento da situação penitenciária e, assim, a necessidade do Tribunal em tomar medidas na promoção e na garantia de direitos, o que se espera de um Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 2015, n.p.)

Embora outros países latino-americanos não tenham chegado ao reconhecimento jurídico do Estado de Coisas Inconstitucional, ao contrário da Colômbia e do Brasil, suas realidades e os dados delas advindos corroboram para o entendimento não só da América Latina como uma instituição de sequestro, mas dos seus cárceres como uma instituição de morte.

Somando-se as mortes intracarcerárias, em prisões da América Latina, pelas condições inumanas, pelas condições sanitárias, nutricionais e pelos enfrentamentos internos; pela perda de imunidade causada pela ausência de espaço e tempo que implica a reclusão; pelas execuções extrajudiciais: o que encontramos? Um panorama de morte violenta – de pobres e, fundamentalmente, sobre pobres (está confirmado por estatísticas que a violência do vulnerável é quase totalmente violência intraclasse, isto é, que a violência contra o vulnerável resulta ser, em sua origem, do vulnerável contra o vulnerável) – ante o olhar negligente das autoridades da área: isto gera uma espécie de genocídio, através da prisão e da carência de políticas de geração efetiva de direitos sociais e jurídicos, da parte mais vulnerável da pobreza. (ANIYAR DE CASTRO; CODINO, 2017, p. 83-84)

Aniyar de Castro (2010, p. 92-93) salienta que, embora não haja dados latino-americanos que possam confirmar objetivamente a questão, as prisões na nossa região são um grande negócio, não só porque o Estado se ocupa do problema da insegurança por meio do cárcere, mas porque sustenta relações de trabalho não protegidas pelos direitos trabalhistas, dispõe das prisões como instrumento de gestão da pobreza e dos indesejáveis. Assim, a

manutenção das prisões requer do governo a medida mais simples possível na tarefa repressiva: reformar a lei para aumentar as penas e para criminalizar ainda mais as pessoas marginalizadas, sob o pretexto de que a lei é suficiente na tarefa de transformação da sociedade.

Em que pese os longos anos em que a questão prisional tem sido debatida e denunciada por violar constantemente direitos e garantias fundamentais, provocando sofrimentos muito além da mera prisionização, de forma a atuar como instrumento seletivo do poder punitivo, e, ainda assim, permanecendo em sua centralidade, “[...] no continente latino-americano os presos não estão dispostos a resistir calados. A rebelião das prisões converteu-se no último grande direito, o único plano publicitário permitido ao fosso social” (ANIYAR DE CASTRO, 2010, p. 89). Se os dispositivos criados pela modernidade e disponíveis em um suposto Estado Democrático de Direito não são capazes de solucionar o problema carcerário, não resta aos selecionados outra alternativa para se livrar dessa violência que advém do poder estatal, senão o resgate do direito de resistência.

#### 4.2 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL: PENSANDO UM FRAGMENTO DA MARGEM

No Brasil, não só a pena privativa de liberdade, mas a execução penal, em si, apresenta uma peculiaridade historicamente construída da qual, mesmo em um Estado pretensamente Democrático e de Direito, ainda não conseguiu se livrar: após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria o sentenciado adentra em ambiente desprovido de garantias. Pouco importa o discurso normativo que fundamenta a pena ou a medida de segurança, as normas que regulam o cumprimento da sanção ou o estado real dos estabelecimentos penais, a sentença penal que impõe uma sanção é a mensageira oficial da situação de “não-cidadania”. (CARVALHO, 2008, p. 154)

Embora em 1984 a parte geral do Código Penal (BRASIL, 1940) tenha sofrido uma reforma, acompanhada da promulgação da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), que assegurou direitos à pessoa condenada, na defesa de um modelo jurisdicional - e não meramente administrativo - da execução penal, apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 é que a execução penal adquiriu um parâmetro constitucional, ao menos no plano formal. Diferente de outros Estados, a Constituição brasileira introduziu expressamente direitos ao preso, em tese, rompendo com a ideia de que a pessoa presa seria um objeto disponível à Administração Pública. (CARVALHO, 2008, p. 154)

A definição de uma natureza preponderantemente jurisdicional, no entanto, não é suficiente para solucionar os problemas da execução penal no contexto brasileiro. Acreditar que a mera efetivação do disposto na Lei de Execução Penal (1984) à luz da Constituição Federal (1988) seja suficiente para assegurar os direitos da pessoa condenada seria atribuir apenas ao poder Executivo as nuances do cumprimento de pena e de medida de segurança no Brasil, em especial a privação de liberdade (CARVALHO, 2008, p. 155). Por certo, que, uma interpretação constitucional do processo de execução penal reduziria em muito as constantes violações de direitos no cumprimento de pena, mas, por si só, não é capaz de garantir que a pena não seja instrumento político de infligção de dor e de manutenção dos estratos marginalizados como tais.

Até porque, embora os direitos pertinentes aos condenados tenham atingido o *status* constitucional, a estrutura processual da execução penal, configurada de maneira inquisitiva, inviabiliza sua plenitude. Assim, a natureza híbrida da execução penal, inegavelmente representada pela tensão entre jurisdição e administração, faz com que o sistema processual que envolve a execução penal não possa ser identificado como acusatório, mas como inquisitorial<sup>73</sup>. Sem contar que as violações de direitos das pessoas presas não são perceptíveis apenas na realidade fenomenológica, mas também no plano normativo, quando os pressupostos da disciplina e da segurança pertinentes à execução penal prevalecem sobre a proteção da dignidade do apenado. (CARVALHO, 2008, p. 175-176)

Do ponto de vista empírico, muitas são as pesquisas que demonstram o caos vivenciado nos estabelecimentos penais brasileiros. Verificando o último Levantamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2020), emitido sobre o período de julho a dezembro de 2020, é possível constatar que das 668.135 pessoas em unidades prisionais no Brasil, o que exclui as que estão sob a custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares, 333.773 estavam sob o regime fechado, 106.826 mil no semiaberto, 7.539 no regime aberto e 215.317 (o que equivale a 33,23%)<sup>74</sup> encontravam-se provisoriamente nas unidades<sup>75</sup>. Não se pode negar que as prisões processuais continuam a ser um dos motivos pelos quais o contingente carcerário se mantém como tal.

---

<sup>73</sup> “A inquisitorialidade encontra-se fundamentalmente no processo de submissão do direito processual penal, geneologicamente garantista e acusatório, às regras e aos procedimentos administrativizados, ou seja, na colisão entre os direitos do apenado e os pressupostos de disciplina e segurança que justificam a ação administrativa.” (CARVALHO, 2008, p. 175)

<sup>74</sup> Em nítido desacordo com as orientações da OEA (2013) sobre a prisão preventiva.

<sup>75</sup> O relatório anterior (DEPEN, 2020), do período de janeiro a junho de 2020, registrava 209.257 mil pessoas presas provisoriamente, o equivalente a 29,81%, o que demonstram um pequeno mas significativo crescimento em um curto período.

Os gráficos contidos no levantamento (DEPEN, 2020) demonstram um crescimento preocupante da população nas últimas décadas, já que no ano de 2000 o Brasil apresentava 232.800 pessoas presas, passando para 496.300 em 2010 e chegando a 807.145 no ano de 2020. E, embora o número de estabelecimentos penais tenha crescido para comportar tamanha população, em 2020 o relatório aponta um déficit de 213.022 vagas no sistema prisional, déficit este reduzido em relação ao ano anterior, que era de 312.925 vagas. Pelo relatório, é possível verificar que não se trata de situação circunstancial, pois mesmo em 2000 o déficit já era de 97.045 vagas, ou seja: a privação de liberdade é aplicada mesmo sem haver vagas nos estabelecimentos desde sempre no ordenamento jurídico brasileiro.

Carvalho (2015) aponta quatro fatores que contribuem significativamente para o superencarceramento brasileiro. O primeiro diz respeito a promulgação da Lei de Crimes Hediondos, uma adesão explícita ao populismo punitivo (p. 631-632). O segundo se relaciona à política criminal de drogas, a qual o Brasil assumiu na lógica dos países centrais e que aprisionou principalmente grupos socialmente vulnerabilizados (p. 632-637). O terceiro repercute a penalização exacerbada aos delitos patrimoniais quando dizem respeito ao patrimônio privado ou quando implicam no uso de uma questionável violência (p. 637-643). O quarto faz referência ao uso dos substitutivos penais, que ao invés de diminuir o índice de aprisionamento, fez com que aumentasse (643-645).

No que diz respeito ao trabalho prisional, um dos pilares (da falácia) da ressocialização, o relatório (DEPEN, 2020) indica que apenas 13,90% das pessoas presas encontram-se em “laboterapia”, sendo que nem todos percebem alguma remuneração pelo trabalho (29, 76%), enquanto dos que percebem (70,34%), a maior parte recebe menos do que  $\frac{3}{4}$  do salário-mínimo, o mínimo garantido pela LEP, ou de  $\frac{3}{4}$  a 1 salário. O tipo de trabalho ofertado dentro das unidades prisionais não é informado, mas não é preciso grande esforço para verificar que se trata de trabalhos mal remunerados, incapazes de, minimamente, incluir os egressos ao menos na lógica de consumo, por vezes confundida com garantia de cidadania.

A questão do trabalho tem especial relevância no cumprimento de pena. Primeiro, porque reflete diretamente na mensuração do bom comportamento e a recusa em trabalhar enseja falta grave<sup>76</sup>. Depois, porque se boa parte das pessoas presas não trabalha, não é pelo desinteresse, mas pela falta de vagas para tal coisa. No mais, a falta de regulamentação devida ao trabalho prisional faz com que as pessoas presas fiquem à disposição dos setores privados,

---

<sup>76</sup> “Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: [...] VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.” “Art. 39. Constituem deveres do condenado: [...] V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;” (BRASIL, 1984)

como se nota pelo dados, que mal as remuneram, em arranjos contratuais que escodem o verdadeiro status legal do trabalhador,

No que tange à saúde das pessoas presas, o relatório (DEPEN, 2020) indica, nas unidades masculinas, a incidência das seguintes patologias predominantes: 30,12% tuberculose, 28,21% HIV, 17,29% sífilis, 14,83% englobam outras patologias quaisquer e 9,55% indicam hepatite. A taxa de mortalidade é registrada em 69,9% por causas naturais vinculadas a motivos de saúde, 10,71% em suicídios, 9,07 % em mortes por motivos criminais 8,31% por causas desconhecidas e 2,02% por causas acidentais. Nas unidades femininas, as patologias predominantes são: 43,03% HIV, 33,82% sífilis, 9,29% compõem outras patologias quaisquer, 8,62% hepatite e 5,23% tuberculose. As taxas de mortalidade são registradas em 77,78% por causas naturais relacionadas a motivos de saúde, 16,67% em suicídios, 2,78 % em mortes por motivos criminais 2,78% por causas desconhecidas e 2,02% por causas acidentais.

Nos dados referentes à saúde não é levado em conta o adoecimento psicológico, que pode ser possibilitado pelo próprio isolamento social, característico da privação de liberdade em si, ou mesmo as patologias direta ou indiretamente ocasionadas ou agravadas pela situação das más condições sanitárias e de higiene, consequentes, entre outras coisas, das aglomerações dos estabelecimentos hiperlotados e carentes de recursos<sup>77</sup>. O Departamento Penitenciário informou em seu relatório que em 2020 havia apenas 902 médicos(as), entre efetivos(as), temporários(as) e terceirizados(as), prestando serviços de clínica geral nas unidades prisionais, acompanhados de 1641 enfermeiros(as) e 1205 psicólogos(as). (DEPEN, 2020)

Embora desde março de 2020 tenha sido decretada situação de pandemia, em âmbito global, causada pela propagação de um novo coronavírus, nenhum relatório foi lançando oficialmente pelo DEPEN sobre o assunto. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no entanto, com o apoio do DEPEN, tem lançado boletins quinzenais<sup>78</sup> no intuito monitorar a situação da população carcerária frente a pandemia, do qual se pode retirar até então que nas prisões estaduais apenas 348.261 testes foram realizados em pessoas presas<sup>79</sup> durante todo o período pandêmico (CNJ, 2021a, p. 8), confirmando 65.766 casos e 271 óbitos (CNJ, 2021b, p.1).<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> São ignorados nesses dados os casos extremos, mas não incomuns, como o da Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Boa Vista/RR, que, em janeiro de 2020, ganhou notoriedade nacional pela situação degradante em que se encontrava parcela dos presos, com partes de suas peles em decomposição, paralisias nas pernas e processos infecciosos avançados devido a contaminação por bactérias. (EL PAÍS, 2020)

<sup>78</sup> O mais recente até o fechamento desse estudo é o publicado em 12 de agosto de 2021, cujo fechamento de dados se deu dois dias antes da publicação. (CNJ, 2021a, p. 1)

<sup>79</sup> No que se refere aos servidores do sistema penitenciário, tem-se 80205 testes realizados, 24.876 casos confirmados e 290 óbitos. (CNJ, 2021b, p. 1)

<sup>80</sup> As informações que compõem os dados fornecidos pelo CNJ são enviadas por tribunais estaduais e pelos tribunais regionais federais da 2ª, da 3ª e da 4ª Região, com diferentes níveis de atualização. Das 27 unidades da federação, apenas 22 tem fornecido dados (Acre, Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito

Cientes do estado calamitoso dos estabelecimentos penais no Brasil, logo após a decretação da pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS), o CNJ, em 17 de março de 2020, publicou a Recomendação n. 62<sup>81</sup>, apontando a necessidade de adoção de políticas emergenciais que pudessem frear o avanço da epidemia nas unidades prisionais. Nesse sentido, o documento recomendou aos magistrados, dentre outras coisas: a ter maior cautela na decretação e manutenção de prisões cautelares; a suspensão de determinados deveres por parte dos sujeitos em liberdade provisória, suspensão condicional do processo, regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, sursis ou livramento condicional; concessões de saídas temporárias e prisões domiciliares para determinados grupos, redesignações de audiências ou realização por videoconferência (CNJ, 2020).

As sugestões, que visavam não só a preservação dos custodiados, mas também de agentes da segurança pública e de parte dos servidores do judiciário, em sua maioria, almejam diminuir o risco de propagação da infecção pelo coronavírus e, para tanto, reunia esforços para diminuir o contingente carcerário e estabelecia medidas de biossegurança aplicadas à realidade prisional. Algumas das orientações contidas na Recomendação n. 62 poderiam ser resumidas em um único ensinamento basilar pertinente às ciências criminais: o respeito ao caráter subsidiário de atuação do direito penal, logo, do sistema do qual faz parte, bem como do tratamento da pena privativa de liberdade como a *ultima ratio*.

Quanto aos efeitos advindos das orientações dadas pela Recomendação n. 62, e pelas que foram publicadas posteriormente de forma complementar<sup>82</sup>, pode-se verificar a partir do monitoramento promovido pelo próprio CNJ (2021c) que apenas 3.466 solturas<sup>83</sup> foram realizadas emergencialmente, contabilizando todos os estados, sendo que apenas 12% se referiam a presos preventivos que tinham excedido o prazo de 90 dias. No que se refere às visitas, a suspensão se deu em 81% dos estados, havendo também a suspensão à entrega de

---

Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, São Paulo, Tocantins), que são levantados por Comitês de Acompanhamento. Os dados, no entanto, podem não representar a total gravidade da situação, uma vez que com a baixa testagem não se pode assegurar a taxa de contágio, de casos ou morte, de fato, decorrentes da Covid-19. (CNJ, 2021b, p. 1)

<sup>81</sup> A recomendação surge a após a declaração pública da Organização Mundial da Saúde (OMS) de situação de pandemia em relação ao novo coronavírus, em 11 de março de 2020.

<sup>82</sup> As recomendações posteriores, que visam complementar as Recomendação n. 62, podem ser consultadas em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3785>>.

<sup>83</sup> Compondo a taxa de solturas, 58% eram presos civis por dívida de pensão alimentícia, 38% mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, 35% pessoas no grupo de risco (idosos, doenças crônicas etc), 23% presos preventivos por crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, 15% outros grupos (não discriminados nos outros itens), 15% presos em presídios superlotados, sem equipe de saúde, sob interdição, medidas internacionais, ou com instalações insalubres para propagar o vírus, 12% presos preventivos que tenham excedido o prazo de 90 dias, 4% indígenas e 4% pessoas com deficiência. (CNJ, 2020c, p. 6)

alimentos em 35% das Unidades Federativas, mas não foi relatado de que forma o Estado supriu materialmente tais carências.

É importante constar, no entanto, que o caos do sistema prisional no Brasil não se dá devido à propagação da Covid-19, existe desde a sua origem, perpetuando-se por meio de um discurso que corrobora para sua manutenção sob o argumento de estar em “crise”. Na decisão que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, o Relator, Ministro Marco Aurélio, afirma que a maior parte dos presos em nosso sistema está sujeita a:

[...] superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. (BRASIL, 2015, p. 23)

O Ministro afirma que o quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio, reconhecendo que a situação é similar em todas as Unidades da Federação, o que impede que não haja o reconhecimento de uma falência do sistema prisional. Às palavras do Ministro, no entanto, cabe o questionamento levantado por Foucault (2010, p. 257): “o pretense fracasso não faria parte do funcionamento da prisão?”. Por certo que, diante de suas funções latentes da pena, talvez se pudesse afirmar que as prisões brasileiras são um grande sucesso, sendo importante não só para a manutenção da desigualdade social, mas também servindo de instrumento que corrobora com as relações de dominação perpetuadas sob o respaldo de uma pretensa democracia.

Frente aos relatos e pesquisas trazidas ao processo, o Relator concluiu que no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais das pessoas presas, principalmente no que diz respeito à dignidade, à higidez física e à integridade psíquica, o que se converte na aplicação de penas cruéis e desumanas, vedadas constitucionalmente. O Ministro indica em seu voto que a forte e constante violação dos direitos fundamentais dos presos produz mais violência contra a própria sociedade, uma vez que o contexto de violência prisional se relaciona, de forma inevitável, com as demandas e políticas de segurança pública. (BRASIL, 2015, p. 24-26)

Importante questão abordada no voto do Ministro Marco Aurélio diz respeito à responsabilidade compartilhada aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) pelo estágio caótico no qual se encontra o sistema penitenciário. O Relator aponta que há problemas tanto na formulação e implementação de políticas públicas, quanto na interpretação e aplicação da lei penal, o que indica omissões e falhas estruturais de todos os Poderes, sendo que a ausência

de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias agravam e perpetuam a situação de violência impetrada pela execução da pena privativa de liberdade. (BRASIL, 2015, p. 26-27)

Contudo, embora a decisão do STF tenha sido demasiadamente importante ao reconhecer o Estado de Coisas Institucional frente às constantes violações de direitos humanos das pessoas presas, aparentando que o Judiciário não gostaria de permanecer compactuando com o caos penitenciário, na prática, deferiu apenas as cautelares que diziam respeito às audiências de custódia e ao descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), deixando de enfrentar e acolher pedidos que atacavam o cerne do problema quanto à superpopulação carcerária: as decisões judiciais de encarceramento, optando pela não criação de mecanismos de controle mais efetivos sobre a atividade judicial. (SILVA, 2020, p. 237)

Carvalho (2008, p. 220) problematiza a questão prisional apontando que “o sistema de controle penitenciário nacional está empiricamente voltado à penalização corporal”, afirmação, ao menos em partes, inegável diante da realidade experimentada e expressa nos relatos que compõem diariamente os jornais de âmbito nacional, nas decisões judiciais, na produção acadêmica e científica na área, ou mesmo deduzida dos dados e relatórios penitenciários oficiais do Estado. Normativamente, no entanto, Carvalho (2008, p. 221) indica que o sistema de controle penitenciário seria pautado em pedagogia disciplinar, uma vez que a Lei de Execução Penal (1984) estabelece as regras de boa conduta, fundamentadas em uma das supostas finalidades da pena.

As regras de boa conduta, representadas nos princípios de correção, na classificação dos presos, na modulação das penas, na obrigação de trabalhar, na educação penitenciária, no controle técnico dos internos, dispostas normativamente no artigo 39 da LEP (BRASIL, 1984), corroboram para que haja obediência<sup>84</sup> (CARVALHO, 2008, p. 181). Este discurso disciplinar integrado na LEP percorre as práticas dentro dos estabelecimentos penais, de forma que as reações às péssimas condições de vida são tipificadas penal e administrativamente, impedindo qualquer possibilidade de resistência das pessoas presas às violências impetradas (não apenas, mas também) pelo poder público<sup>85</sup> (CARVALHO, 2008, p. 219).

---

<sup>84</sup> “Art. 39. Constituem deveres do condenado: I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI - submissão à sanção disciplinar imposta; VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores; VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X - conservação dos objetos de uso pessoal”. (BRASIL, 1984)

<sup>85</sup> “Os métodos disciplinares são ontologicamente inquisitoriais. As decisões disciplinares no interior das instituições totais são desprovidas de pré-determinações regulamentares e, quando o são, apresentam-se de forma ambígua e lacunar, ampliando o arbítrio do corpo administrativo – como teria de ser, por várias razões, mas,

O regime meritocrático do sistema progressivo de cumprimento de pena se articula na verificação e adaptação da pessoa presa às regras disciplinares, contendo os dissidentes. As faltas disciplinares são classificadas em graves, médias e leves, sendo que as graves estão dispostas nos artigos 50 e 51 da LEP (BRASIL, 1984), as médias e leves são especificadas por legislação local, conforme previsão do artigo 49 da LEP (BRASIL, 1984)<sup>86</sup>. Assim, o bom comportamento se caracteriza pela ausência de registro de falta grave no prontuário da pessoa presa.

As faltas graves são previstas como: incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina (art. 50, inciso I); fugir (art. 50, inciso II); possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem (art. 50, inciso III); provocar acidente de trabalho (art. 50, inciso IV); descumprir, no regime aberto, as condições impostas (art. 50, inciso V); não observar os deveres de obediência e respeito aos servidores penitenciários ou não executar o trabalho ou as ordens deles advindas (art. 50, inciso VI); tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outras pessoas presas ou com o ambiente extra muros (art. 50, inciso VII); recusar a se submeter ao procedimento de identificação do perfil genético (art. 50, inciso VIII); cometimento de crime doloso (art. 52, caput) (BRASIL, 1984).

Enquanto atividade de competência da direção carcerária, o procedimento de instrução e julgamento das sanções disciplinares é essencialmente administrativo e, por isso, marcado pela inquisitorialidade. Embora a LEP (1984) preveja o devido processo, a reserva legal, o direito de defesa, a motivação da decisão, em seus artigos 45 e 59, a iniciativa do procedimento e a gestão da prova ficam sob a mesma responsabilidade de quem julga, podendo as sanções serem decididas pelo Conselho Disciplinar ou mesmo pelo diretor do estabelecimento penal. Não há como negar que as práticas administrativas prevalecem sobre as jurisdicionais<sup>87</sup>. (CARVALHO, 2008, p. 189-192).

---

sobretudo, porque se trata de um regime totalitário, as ordens não são justificadas nem explicadas. Desta forma, fica claro o porquê da inviabilização de rígido controle da legalidade nos espaços de poder carcerários.” (CARVALHO, 2008, p. 181)

<sup>86</sup> Apurada e reconhecida a falta disciplinar, a comunicação ao Judiciário ocorre apenas em casos nos quais a sanção afeta diretamente os incidentes judiciais da execução, tais como a regressão de regime, revogação de saída temporária, perda de remição, conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade etc.

<sup>87</sup> “[...] após o advento da Carta Constitucional de 1988, ficaram assegurados a ampla defesa e o contraditório nos processos administrativos (art. 5º, inciso LV). Todavia, na estrutura do direito penitenciário, a tendência é que o procedimento siga um rito inquisitivo, no qual as garantias são mitigadas, problema que não é resolvido, frise-se, pela homologação judicial da falta. Ampla defesa e contraditório pressupõem paridade de armas, em ações realizadas no espaço público (publicidade), garantindo-se os recursos necessários (duplo grau) e, fundamentalmente, imparcialidade do julgador. Os procedimentos administrativos disciplinares (PAD’s) não são harmônicos com a estrutura acusatória do rito garantista, a começar pelo fato de que sequer há regulamentação

Disciplina e segurança são vitalizadas pela verticalização hierárquica que sobrepõe “ordem” aos direitos. Assim, no cálculo entre custos (garantias dos direitos) e benefícios (segurança e disciplina), estes são privilegiados em detrimento daqueles, pois, num espaço físico regido por ilegalidades, a manutenção de direitos pode corresponder à minimização das disciplinas (desordem). Autoridade incontestada e obediência servil são pressupostos desse modelo pré-disposto a fugas, rebeliões e motins. A resistência às manifestações agressivas da comunidade carcerária, natural nas circunstâncias da perda da liberdade, acaba sendo a principal função da administração. (CARVALHO, 2008, p. 191)

Apesar da lógica disciplinar estabelecida pela LEP (BRASIL, 1984), a realidade carcerária, em que o estado caótico dos estabelecimentos superlotados sequer possibilita uma condução da rotina prisional nos moldes realmente disciplinares, enseja a hipótese de que o sistema de execução penal brasileiro, no cumprimento das penas privativas de liberdade, ainda se encontra numa fase de ostentação da pena corporal, impondo sofrimento e perpetuando a mera retribuição desarrazoada do suposto mal causado pelo infrator (RAUTER, 1998, p. 72). A constatação se torna ainda mais preocupante quando confrontada com os dados prisionais que demonstram o perfil dos sujeitos encarcerados no Brasil, de forma que se perpetua a lógica racista iniciada no período colonial.

O Levantamento de Informações Penitenciárias (DEPEN, 2020) demonstra que 49,92% das pessoas inseridas no sistema penitenciário se declaram pardas, seguidas de 16,06% pretas, do que se pode concluir que 65,98% da população prisional no Brasil é negra. Embora os relatórios mais recentes tenham deixado de informar, no ano 2017 constatou-se que 51,35% das pessoas privadas de liberdade possuem apenas o ensino fundamental incompleto, 14,98% cursaram o ensino médio incompleto, 13,15% o ensino fundamental completo e 5,85% são analfabetas (DEPEN, 2017), podendo a baixa escolaridade ser um indicativo de baixa renda.

Daí se extrai que a clientela do sistema prisional é predominantemente a população negra, que, como se nota, nem são reconhecidos como tal, afinal os dados oficiais ainda fazem a equivocada separação das categorias “pretos” e “pardos”, aplicando uma lógica colorista. No que se refere à baixa escolaridade das pessoas presas, logo, da possível baixa renda, relacionando com os dados sobre a cor, pode-se inferir, assim como demonstra o relatório do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019, p. 1) sobre as desigualdades por cor no Brasil (como um todo), maiores níveis de vulnerabilidade econômica e social nas populações de cor “preta”, “parda” e indígena.

Outro dado curioso e importante no relatório da DEPEN (2020) é a quantidade de incidências por tipo penal: 40,91% das pessoas presas lá se encontram pelo cometimento de

---

prévia das ‘regras do jogo’ procedimental, ficando os Estados com a competência de suprir as lacunas normativas da LEP.” (CARVALHO, 2008, p. 198)

crimes contra o patrimônio, seguidas de 29,9% das pessoas cujos crimes estão vinculados com a Lei de Drogas, enquanto apenas 15,13% dos crimes incidem em crimes contra a pessoa. Em relação aos crimes exclusivamente violentos, ainda assim, predominam os crimes contra o patrimônio, com 36,12% indicando o roubo qualificado e 19,07% roubo simples. E mesmo quando a análise é feita apenas em relação aos crimes hediondos e equiparados, 50,24% deles são crimes relacionados ao tráfico de drogas e 9,75% à associação para o tráfico.

No que se refere aos crimes contra o patrimônio, Carvalho (2015, p. 368) constatou que quando dizem respeito ao patrimônio público, como por exemplo os crimes tributários e previdenciários, é comum que o Judiciário adote mecanismos de extinção da punibilidade em razão da reparação do dano, quando se trata de patrimônio privado, no entanto, as condenações ensejam aprisionamento, principalmente sob a justificativa da reincidência. Ao que parece, as condutas cometidas contra o patrimônio público configuram dano menor do que as cometidas contra o patrimônio privado. Ou seriam os autores dos crimes contra o patrimônio público tratados de maneira diversa daqueles que cometem crime contra patrimônio privado? (CARVALHO, 2019, p. 639).

No que diz respeito ao índice de encarceramento pelo tráfico de drogas, não só a política de “guerra às drogas”, mas a indeterminação normativa na qualificação de uma conduta como tráfico ou mesmo a margem considerável de punibilidade abstrata prevista às condutas incriminadoras ensejam um alto rigor punitivo, em contradição ao preciosismo propagado, ao menos em teoria, pelo Direito Penal liberal. Além do mais, é provável que a cor da pele também tenha alguma influência na definição sobre quem é o traficante e quem é o usuário, embora tal critério seja encoberto por definições como “atitudes suspeitas”, “antecedentes criminais” ou “presença em área de tráfico”. (CARVALHO, 2015, p. 633)

As prisões brasileiras refletem uma arquitetura da exclusão social, perpetuando a lógica não só do colonialismo, mas das relações de desigualdade socioeconômica. Por meio de suas agências, o sistema penal atua de forma a criminalizar primária e secundariamente a população economicamente vulnerável, que, pela herança colonial brasileira, é predominantemente negra. Estes grupos, passam a ser cada vez mais segregados e deve, de acordo com lógica neoliberal, ser contidos, controlados, em nome da segurança dos demais (JUNIOR, 2020, p. 154-155). Para tanto, existe a pena privativa de liberdade, instrumento para gerir as relações de dominação.

As injustiças consequentes da atuação de um sistema de justiça criminal seletivo, que aprisiona e, assim, gere a subcidadania no Brasil, bem como a estrutura de constante violência no cumprimento da pena privativa de liberdade é o caldeirão para o qual a insurgência dos

excluídos emerge. E por mais que o Estado Democrático de Direito tenha disponibilizado formalmente instrumentos para lidar com as violações de direitos, em tese, dentro e fora do cárcere, eles não são suficientes para garantir a proteção de direitos mínimos fundamentais, muitas vezes corroborando com o oposto - como é o caso das normas disciplinares dispostas na Lei de Execução Penal.

É possível que se exija para este grupo de pessoas, preferência do sistema prisional, que se submeta a obedecer, e assim permanecer na condição em que se encontram, a um ordenamento que as exclui?

#### 4.3 A POSSIBILIDADE DE RESISTÊNCIA FRENTE À VIOLÊNCIA PRISIONAL

Nas últimas décadas, as condições do sistema prisional no Brasil foram molas propulsoras de uma série de protestos, rebeliões, tentativas de fugas e insurgências, de um modo geral, nos estabelecimentos penais de regime fechado e, na maioria dos casos, as reações foram encerradas pela polícia, algumas vezes sob o uso de força letal (ANISTIA INTERNACIONAL, 1999, p. 7). Por certo, que, nem todos os conflitos de insurgência que se dão em ambiente prisional tem por fundamento a oposição à violência imposta pela estrutura carcerária, mas não se pode negar que, mesmo sem a perspectiva de protesto, as constantes violações de direitos influem de forma significativa na formulação desses conflitos.

Consustanciando a lógica disciplinar, que exige o “bom comportamento”, além das sanções disciplinares, os conflitos carcerários são criminalizados em duas ocasiões de maneira peculiar: evasão violenta e motim. Na evasão, conduta prevista no artigo 352 do Código Penal (BRASIL, 1940), não se pune a fuga em si, uma vez que o anseio de estar em liberdade constitui um direito, mas a violência perpetrada para tanto, prevendo o tipo uma pena de 3 meses a 1 ano de detenção<sup>88</sup>. O motim, por sua vez, previsto no artigo 354 do Código Penal (BRASIL, 1940), ocorre com a promoção de movimento rebelde da massa carcerária, desestabilizando a ordem e a disciplina prisional, sendo a sanção de 6 meses a 2 anos de detenção. (CARVALHO, 2008, p. 227-230)

---

<sup>88</sup> Carvalho (2008, p. 232), faz uma crítica à equiparação das condutas consumada e tentada, indicando que se trata de seguir os rumos de uma tradição legislativa de cunho autoritário: “[...] crítica cabível ao tipo penal evasão mediante violência diz respeito à indiferença entre as formas tentadas e consumadas. [...] Pune-se, pois, a tentativa, pelo perceptível e verificável perigo ao bem jurídico tutelado. Incrimina-se a ação de tentar consumir um crime, pois, por meio de atitudes univocamente dirigidas a um resultado delituoso, revela-se o desrespeito ao valor que dá fundamento ao tipo penal, criando-se situação de perigo a um bem jurídico. Assim, o núcleo da punibilidade da tentativa não reside na vontade ou ‘tendência criminosa’ (periculosidade) do autor.” (CARVALHO, 2008, p. 231)

Os dois tipos penais revelam alguns problemas de proporcionalidade, principalmente por adotar o sistema de cúmulo de penas diante do uso de violência, uma vez que a violência já é imprescindível em ambos. Estes crimes, no entanto, deveriam ser ponderados diante da legalidade da prisão e das condições de cumprimento da mesma, sob o risco do reconhecimento de excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa, haja vista o estado ilegal e desumano do cotidiano carcerário. O fato é que a realidade prisional não pode ser ignorada enquanto um elemento deflagrador da revolta no interior das instituições penais. (SOUZA, 2020, p. 430- 441)

Organizados ou não para o fim reivindicatório, os conflitos nas prisões, principalmente o que se refere aos motins, são episódios que podem evidenciar não só o estado calamitoso das instituições penitenciárias, mas as nuances da pena privativa de liberdade em si. Considerando o controle e o sigilo sobre o que acontece dentro das instituições carcerárias por parte da Administração Penitenciária, as insurgências permitem à sociedade tomar alguma consciência das condições desumanas em que se encontram as pessoas presas. Trata-se do rompimento do silêncio imposto às pessoas presas quanto às ilegalidades praticadas pelo próprio Estado e vivenciadas, de acordo com o perfil carcerário, predominantemente por determinadas pessoas selecionadas pelo sistema penal. (CARVALHO, 2008, p. 220-222)

Salla (2006, p. 276) explica que a produção teórica tradicional sobre os conflitos carcerários de insurgência costuma explicá-los em duas diferentes perspectivas: uma que os visualiza como uma forma de protesto contra a imposição de situações de violações de direitos em âmbito carcerário; outra que os interpreta como conflitos que se estruturam pelo afrouxamento do controle e da ordem. Embora este estudo considere a perspectiva da primeira vertente, uma vez que não vislumbra eficácia em políticas de mera repressão e controle, não desconsidera um fator importante nas insurgências carcerárias brasileiras desde os anos 1990: a atuação e influência de grupos criminosos, que podem incidir profundamente no cotidiano prisional, com a presença ou não das condições precárias de existência nos cárceres.

Para entender o fenômeno das insurgências prisionais no Brasil não se pode contar apenas com uma das duas perspectivas, trata-se de movimento que envolve tanto as condições de constante violência exercida contra as pessoas presas por parte do próprio Estado, como a incapacidade do Estado em organizar e manter a gestão dos ambientes prisionais. Não se pode ignorar que lidar com o conflito entre presos também é uma atribuição da administração penitenciária, dentro de uma agenda que respeite direitos e garantias constitucionais, bem como a constituição de grupos criminosos como atores políticos dentro das prisões, num movimento

de constante de expansão ao mundo extra carcerário, mas, sobretudo, dos grupos socialmente vulnerabilizados. (SALLA, 2006, p. 277)

Não se pode negar que o surgimento de tais grupos criminosos e a ampliação de sua atuação dentro e fora dos estabelecimentos penais são uma consequência - se não direta, ao menos indiretamente – da soma dos dois primeiros fatores, de forma que a constituição das chamadas facções criminosas como tais também é resultado da inefetividade estatal para lidar com as demandas prisionais e sociais. Ou seja, a baixa capacidade do Estado em estabelecer uma democracia substancialmente participativa e igualitária, o que requer um sistema penal também nesses moldes, bem como de estabelecer um controle da dinâmica prisional dentro dos limites constitucionais, permitiu que grupos criminosos expandissem uma ordem “paralela” sobre a massa carcerária e sobre os grupos mais vulneráveis socialmente.

Estimada como a primeira facção criminosa do país, o Primeiro do Comando da Capital (PCC), surgiu dentro das prisões, após o massacre ocorrido no Carandiru, localizado na cidade de São Paulo, e, de acordo com Feltran (2018, p. 284), reivindicava uma reação à opressão não só do sistema contra as pessoas presas, mas também do preso contra o próprio preso. O grupo legitimou sua autoridade dentro das prisões sob o seu regime por aplicar políticas que impediam os estupros, determinados homicídios (os considerados pela facção como injustos) e a circulação de crack nos estabelecimentos penais. Desse modo, firmou-se como uma espécie de interlocutora dos interesses dos presos frente a administração prisional (FELTRAN, 2018, p. 284).

Aponta Feltran (2018, p. 284) que, na década de 1990, enquanto o PCC se expandia o governo investia na ampliação de um sistema rigidamente repressivo, fundado no superencarceramento e na construção de novas unidades prisionais cada vez mais distantes da capital, aumentando de forma significativa a população carcerária também com a equivalência do tráfico de drogas a crime hediondo. Em reação à expansão da facção, foi criado o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que objetivava isolar as lideranças do PCC e afastá-las do grande centro. O recrudescimento do cumprimento de pena somado à circulação das lideranças, no entanto, só agravou a situação, fazendo com que a facção se expandisse ainda mais nos anos seguintes, chegando seu controle às populações mais vulneráveis<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> “Baseada em debates e deliberações rápidas, os debates do PCC ofertavam uma possibilidade de justiça popular, mais eficiente que a estatal, para todas as periferias. [...] As taxas de homicídio despencaram bruscamente a partir 2001, chegando em 2010 a 70% menos mortos assassinados do que em 2000. Eram as políticas do crime em ação, instrumentalizando as políticas estatais de segurança para seu crescimento.” (FELTRAN, 2018, 285-286)

O fato é que a superlotação das penitenciárias, o reduzido número de servidores trabalhando nos estabelecimentos penais, as péssimas condições de habitabilidade, as constantes violações de direitos fundamentais, à invisibilidade imposta às pessoas presas, a violência pertinente à própria privação de liberdade sob regime pretensamente disciplinar, a seletividade penal que forma o perfil dos encarcerados, entre tantas outras nuances, geram tensões contínuas, tentativas de fuga, rebeliões, motins, protestos, que, desde muito, vem sendo administradas por meio de concessão de poder da administração para os grupos criminosos. (SALLA, 2006, p. 278)

O que se propõe aqui, contudo, não é entender a influência das facções criminosas nos movimentos de insurgência – embora não se possa ignorá-los -, mas ponderar se parte dos conflitos carcerários, principalmente estes de caráter preponderantemente reivindicatórios, não estariam abarcados pelo direito de resistência, que, embora tenha sido “desativado” do ordenamento jurídico-político desde o processo de constitucionalização de direitos, quando, em tese, teria sido substituído pelo direito de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado (BOBBIO, 2004, p. 19), deve ser resgatado nos casos em que a atuação estatal reflete desprezo sistemático pela ideia de direito, não havendo mecanismos efetivos para reconhecimento e garantia de direitos fundamentais (BUZANELLO, 2001, p. 157).

Esta omissão da maioria dos ordenamentos jurídicos atuais quanto à previsão ao direito de resistência decorre de uma ideologia normativista, que pressupõe a efetividade dos mecanismos efetivados para sistematicamente sancionar e, assim, remover atos ilegítimos. Carvalho (2008, p. 236) aponta que da crise enfrentada pelo Estado contemporâneo, que decorre da inefetividade processual na defesa de direitos humanos constitucionalizados, renasce o tema da resistência. Esta revificação se deve ou pela incapacidade instrumental do direito em responder às complexas demandas sociais ou pela necessidade de solução de velhos conflitos que se mantêm porque não são solucionados, caso em que se enquadra a conflitividade carcerária (CARVALHO, 2008, p. 237).

Diante da realidade prisional brasileira, consequência de um sistema penal<sup>90</sup> seletivo, é possível vislumbrar pelo menos três perspectivas distintas sobre a legitimidade do exercício do direito de resistência das pessoas em situação de privação de liberdade. Duas dessas perspectivas se desenvolvem sob uma premissa legitimante do poder punitivo: uma hipótese se dá a partir do olhar garantista de Ferrajoli (2014) e outra sob a teoria constitucional de

---

<sup>90</sup> Entendido no sentido atribuído por Zaffaroni et al (2011, p. 60).

Gargarella (2007). A outra perspectiva se faz por meio de uma lógica de deslegitimação do poder punitivo, desenvolvida por meio da teoria de Zaffaroni (1991).

Sob a perspectiva de Ferrajoli, na qual o garantismo jurídico se apresenta como um modelo penal alternativo à violência, logo, dirige-se à minimização tanto dos micropoderes definidos como “selvagens”, aqueles que se dão na órbita privada, quanto dos macropoderes, denominados “bárbaros”, que se dão na esfera pública, o direito de resistência no âmbito carcerário se daria fundado não só na injustiça do sistema penal seletivo, mas na ilegalidade dos atos praticados pelo Estado no momento da privação de liberdade. (FERRAJOLI, 2014, p. 857-865).

Afirma o autor (FERRAJOLI, 2014, p. 861) que a vida e a segurança das pessoas são colocadas em perigo contemporaneamente não só pela violência e pelos poderes selvagens dos particulares, mas principalmente daqueles que advém do Estado. A técnica desta minimização é sempre a “da igual garantia e maximização dos direitos fundamentais, e da correlativa limitação e funcionalidade das situações jurídicas de poder” (FERRAJOLI, 2014, p. 857), o que nem sempre ocorre, tratando-se do velho problema acerca de efetividade. Assim, indaga:

Quais são, além do direito de resistência, os remédios para as lesões dos direitos fundamentais produzidas pela criminalidade e pela impunidade dos Estados mesmos que deveriam garanti-las? Quais defesas, em outras palavras, tem o cidadão do Estado “delinquente”, no caso de não efetividade em relação a ele do direito penal e processual interno? (FERRAJOLI, 2014, p. 862)

Se o traço mais marcante da modernidade foi a monopolização da violência pelo Estado, fundada na racionalização dos conflitos, em que o Estado separa o envolvidos, se apropriando não só do conflito, mas principalmente dos interesses da vítima (ZAFFARONI, 2012, p. 30), e decide a demanda, se pode imaginar que os instrumentos jurídicos positivados, em alguma medida, inviabilizam a plena defesa dos direitos fundamentais quando o Estado é violador destes (CARVALHO, 2008, p. 237), bem como reduz os poderes privados, que seriam, nessa perspectiva, o corolário da autonomia da pessoa em face do Estado (FERRAJOLI, 2014, p. 847-848).

Isso porque, em determinadas circunstâncias, quando envolve perigo de lesão ou injusta agressão, o ordenamento prevê legitimidade na ação do indivíduo, utilizando-se de violência, em interesse próprio ou de terceiros, as chamadas causas de justificação. Ou seja: em caso de conflitos interindividuais, há autorização estatal para autotutela em estado de necessidade ou defesa de bem jurídico se sofre iminente e injusta agressão. Quando, contudo, o Estado é o autor da conduta que coloca em perigo ou viola o bem jurídico, se caracterizando, por isso, como um conflito transindividual, não existe uma previsão legal para a demanda que

se equipara aos institutos que lidam com as relações entre os indivíduos.<sup>91</sup> (CARVALHO, 2008, p. 237)

Ferrajoli (1992, p. 67) aponta que esta característica, voltada para a “resolução de conflitos interindividuais”, mas omissa quanto aos conflitos transindividuais, é intrínseca a um direito penal de cunho liberal, que desenvolve mecanismos rebuscados para proteção de direitos pertinentes à proteção da liberdade, mas que não se empenha da mesma maneira quando diz respeito à proteção de direitos sociais. Desse modo, pondera Carvalho (2008, p. 239) que, em matéria penitenciária, o legado de cunho administrativista do cumprimento de pena somando à concepção liberal dos direitos transindividuais inviabiliza a solução pacífica dos conflitos carcerários.

Nesse sentido, se a estrutura sistemática (principalmente no que se refere a dogmática) penal brasileira não permite o tratamento das pessoas presas como cidadãos, em sua plenitude, o resgate do direito de resistência pode se apresentar como estratégia. A proposta de cunho garantista versa sobre o direito de resistência ser incluído como uma causa supralegal de exclusão dos delitos, nos mesmos moldes de aplicação dos institutos do princípio da insignificância, da adequação social, do consentimento do ofendido ou da inexigibilidade de conduta diversa.<sup>92</sup> (CARVALHO, 2008, p. 239)

Do ponto de vista garantista, Carvalho (2008, p. 240) alega ser o direito de resistência um instrumento adequado para a situação, pois sua natureza operacionaliza a satisfação de direitos sociais, individuais e transindividuais, uma vez que o termo “garantias” possui a bagagem de expressar técnicas que intuem minimizar a distância entre a normatividade e a efetividade dos direitos. Recorre-se, então, a ideia de Ferrajoli (2014, p. 869) ao defender que “rebelar-se é justo quando é injusta a lei, mas é também juridicamente legítimo [...] até que os poderes públicos violem os direitos fundamentais, e os meios e as garantias legais se revelem ineficazes para sancionar a invalidade”.

No caso do sistema penitenciário brasileiro, a observação empírica, por si só, permitiria constatar a nítida violação da legalidade pelos organismos responsáveis pela

---

<sup>91</sup> “Concebe-se juridicamente a autotutela do cidadão contra agressões privadas, se preenchidos os requisitos do estado de necessidade e/ou da legítima defesa. No caso de agressão pública aos direitos fundamentais, porém, as possibilidades de reação legítima são ineptas em decorrência da concepção normativista que pressupõe eficácia dos instrumentos processuais tradicionais. As soluções dadas pelo ordenamento não legitimam a ação defensiva, pois inexistente mecanismo eficaz de proteção de bens jurídicos transindividuais.” (CARVALHO, 2008, p. 237-238)

<sup>92</sup> “Entendido como discriminante transindividual, o direito de resistência permitirá ação política reivindicatória direcionada à mobilização da Administração Pública em prestar minimamente seu dever constitucional, a dizer, respeitar a integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX, CF).” (CARVALHO, 2008, p. 239)

execução penal<sup>93</sup>. Se as únicas possibilidades de reação das pessoas presas contra a violência do sistema implicam em sanções (evasão com violência ou motim), o que só aumenta o tempo e a intensidade da violência estatal contra as mesmas, só resta ao ordenamento jurídico, mais precisamente a dogmática penal, reconhecer tais ações como exercício do direito de resistência, logo, causas excludentes de ilicitude. (CARVALHO, 2008, p. 247)

A tese garantista, trabalhada sob a premissa de legitimação do poder punitivo, sugere a interpretação de que as causas excludentes de ilicitude, previstas no artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940), não compõem um rol taxativo, podendo, assim, abarcarem situações de resistência no ambiente prisional, uma vez que as demandas, por vezes, são de efetivação da própria legalidade estatal sonogada (CARVALHO, 2008, p. 254). Sobre a suposta falta de previsão normativa para o instituto da resistência, requereria uma interpretação sistemática, na qual se extrai o direito de resistência ser direito público subjetivo, logo, previsto no artigo 5º, §2º da Constituição Federal<sup>94</sup> (BRASIL, 1988), uma ideia defendida por Garcia (1994, p. 259-265).

Assim como as causas excludentes de ilicitude, no entanto, tais atos de resistência teriam de atender a dois pressupostos fundamentais: o da proporcionalidade dos atos aos bens em questão, considerando que a violação de direitos por parte do Estado não justifica o emprego da violência contra a vida ou a integridade física das pessoas implicadas no problema (funcionários dos estabelecimentos penais ou outras pessoas presas); e o emprego racional dos meios, que, por certo, admitiria a violência contra o patrimônio como instrumental, visto a limitação de promover resistência dentro de estabelecimentos totais. (CARVALHO, 2008, p. 249-250)

A hipótese de resistência que se defende sob a égide da teoria levantada por Gargarella (2007), por sua vez, dá-se fundada no perfil da população carcerária e no contexto de alienação legal por ela vivenciada. Gargarella (2007, p. 3) desenvolve sua teoria sobre a resistência pautado na ideia de que a pobreza constitui uma violação de direitos humanos, sendo que aqueles que vivem sistematicamente em condições de pobreza extrema, ou seja, alienados

---

<sup>93</sup> O próprio reconhecimento pelo STF do Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito carcerário, embora ainda não reconheça expressa e pontualmente as ilegalidades, corrobora para tal entendimento admitindo a inefetividade do sistema (BRASIL, 2015, p. 65)

<sup>94</sup> “Art. 5º, §2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988)

legalmente, tem no direito não um meio de alcance do autogoverno, mas um instrumento que contribui decisivamente para forjar a opressão em que vivem<sup>95</sup>.

Embora a noção de alienação legal, por vezes, esteja voltada para razões substantivas, ou seja, a respeito dos interesses objetivos das pessoas, contemporaneamente as razões procedimentais têm se tornado mais significativas (GARGARELLA, 2007, p. 7). Isso porque, em regra, os problemas de efetividade dos direitos não mais se vinculam com a falta de reconhecimento normativo, declarações formais de direitos, mas pela falta de instrumentos que possibilitem e garantam o acesso e a fruição desses direitos de maneira plena. Embora, claro, as razões procedimentais complementem as substanciais.

Gargarella (2007, p. 13-14) aponta que, dentre as muitas diferenças para lidar com o direito de resistência no passado e atualmente, uma é peculiar: a divisão da sociedade em grupos contribui para tornar a resistência menos factível, não só porque alguns grupos não sofrem opressões graves, mas também porque estes grupos não têm interesse em cessar uma situação de opressão/dominação que os favorecem. Há séculos era possível presumir que as situações de opressão decorrentes do poder político incidiam sobre quase toda a sociedade, de forma que boa parte da sociedade pudesse se juntar aos – ou ao menos apoiar - movimentos de insurgência.

A questão parece relevante frente a proposta desse estudo, afinal, quem é que poderia apoiar que haja direito de resistência para um grupo de pessoas (presas) que, socialmente, já é vista como não detentora, ou menos detentora, de direitos apenas por ter praticado conduta(s) prevista(s) como crime pelo ordenamento jurídico e, após, ter sido selecionada para adentrar ao sistema prisional? Seria de interesse das pessoas que não preenchem os requisitos de seleção do sistema prisional e que, de alguma maneira, se favorecem com as relações de dominação impostas pela estrutura reconhecer e endossar uma luta contra a pressão vivenciada nas prisões brasileiras?

Diante da possibilidade extrema de promover um movimento de resistência, é importante que se verifique qual seria o “sentido de recorrer a mobilização violenta da população quando é possível prover mudanças políticas substantivas através de meios muito menos graves e muito mais civilizados” (GARGARELLA, 2007, p. 15). E frente à realidade carcerária brasileira a resposta parece clara: os meios menos graves e mais civilizados têm sido

---

<sup>95</sup> A ideia de que a violação de direitos fundamentais por parte do poder central legitimaria um direito de resistência não é nova, como se pode notar no primeiro capítulo, a tradição teórica política e jus-filosófica sempre conectou as violações não só dos direitos, mas dos interesses humanos básicos com o direito de resistência. Em regra, a questão se pauta nos limites e na origem da soberania, se esta representa a vontade do povo ou a vontade do governante/soberano. Em um regime democrático, no entanto, não deve restar dúvidas quanto a prevalência do primeiro sobre o segundo, assim, a ideia de resistência se faria sobre a inalienabilidade de certos direitos básicos.

utilizados desde muito, mas não foi (e não é!) capaz de alterar a situação de opressão vivenciada cotidianamente.<sup>96</sup>

Embora no contexto de um Estado de Direito pretensamente democrático as manifestações de resistência aceitas juridicamente sejam a objeção de consciência e a desobediência civil, Gargarella (2007, p. 16-17) aponta que nenhuma dos dois institutos são capazes de se fazerem eficazes em situações extremas nas quais se encontram diferentes grupos nas democracias modernas. Afirma o autor que não restar dúvidas quanto a existência de importantes seguimentos da sociedade que tem sérias dificuldades para satisfazerem suas necessidades mais básicas, nos quais este estudo insere a população marginalizada (negra, de baixa escolaridade e baixa renda) que constitui a população prisional.

Considerando a possível instabilidade da definição do que vem a ser a “extrema pobreza” que compõe o conceito de alienação legal estimado pelo autor, Gargarella (2007, p. 18) se baseia na definição, a nível internacional, de um parâmetro estabelecido pelo PNUD em 1996, quanto aos índices de desenvolvimento humano, indicando uma massiva insatisfação de direitos humanos sociais e econômicos, que, por isso, afetam os direitos humanos civis e políticos associados aos governos democráticos e ao império do direito.

Na teoria de Gargarella (2007, p. 18), aqueles que se encontram privados de certos bens humanos básicos, na contemporaneidade, só podem estar inseridos em uma situação de alienação legal:

[...] aqueles que se veem sistematicamente privados de abrigo ou moradia; aqueles que sofrem fome diariamente; aqueles que são vítimas sistemáticas de violência, etc., confrontam algumas das piores situações que uma pessoa pode enfrentar (condição substantiva). Ao mesmo tempo, tais ofensas, e particularmente seu caráter sistemático, nos remetem a existência de graves deficiências procedimentais - deficiências que estão ligadas ao sistema institucional, e que mostram que o mesmo é incapaz de reparar os males existentes. Nessas situações, é muito difícil não culpar o sistema institucional pelos males dos quais padecem os membros desses grupos marginalizados<sup>97</sup>. (GARGARELLA, 2007, p. 19)

As ofensas reiteradas de direitos significam na perspectiva gargarelleana (2007, p. 19), que os grupos que as sofrem se encontram em situação politicamente delicada, pois incapazes de transmitir suas demandas para seus representantes ou para responsabilizá-los por suas

---

<sup>96</sup> Este estudo haja acredita não se tratar de uma distorção do sistema prisional, mas de característica de sua estrutura.

<sup>97</sup> No original: “[...] aquellos que se ven sistemáticamente privados de abrigo u hogar; aquellos que padecen diariamente el hambre; aquellos que son victimas sistemáticas de la violencia, etc., confrontan algunos de los peores agravios que una persona puede enfrentar (condición sustantiva). Al mismo tiempo, tales ofensas, y particularmente su carácter sistemático, nos refieren a la existencia de graves deficiencias procedimentales – deficiencias que se vinculan con el sistema institucional, y que muestran que el mismo es incapaz de reparar los males existentes. En estas situaciones, resulta muy difícil no culpar al sistema institucional por los males que padecen los miembros de estos grupos marginados.” (GARGARELLA, 2007, p. 19)

omissões. Estas ofensas denunciam, principalmente, os defeitos dos próprios sistemas judiciais, que se mostram incapazes de contribuir nas demandas dos grupos marginalizados, assegurando proteção aos seus direitos fundamentais. Nesses casos, a ordem legal pode ser considerada corresponsável pelas privações sofridas pelos grupos que tem seus direitos violados, em razão de suas ações ou omissões.

A problematização de Gargarella quanto a responsabilidade compartilhada entre os poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) pela situação de alienação legal que se encontram determinados grupos parece se encaixar precisamente na situação exposta no reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pertinente ao sistema prisional dado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos pedidos cautelares da ADPF n. 347 (BRASIL, 2015). Se para Gargarella (2007, p. 20) os grupos que sofrem grave marginalização não têm um dever de obedecer ao direito, fazendo-se legítimo o exercício do direito de resistência, o que dizer daqueles que, desobedecendo ao direito – embora isso nem sempre se dê, visto os índices de prisões preventivas - e penalizados por isso, sob tutela do Estado, são constantemente violentados pelo sistema de justiça criminal?

Reforça o autor que na medida em que o direito se encontra implicado no sofrimento de determinados grupos, certas formas de resistência deveriam ser vistas como (moralmente) aceitas. Assim, esta resistência poderia ser exercida em caráter passivo, que remete a não cooperação, ou seja, na omissão em atuar nos moldes prescritos pelo Estado, ou ativo, que pressupõe a confrontação, ações destinadas a desafiar certas proibições legais. Na segunda hipótese, a atuação se dá no desafio razoável da ordem para colocar fim a situação de sofrimento, de modo que force o Estado a entender e a atender seus interesses fundamentais, o qual ignora e do qual é responsável pela violação sistemática. (GARGARELLA, 2007, p. 20-22)

O exercício legítimo da resistência, no entanto, haveria de obedecer a um critério de proporcionalidade, uma vez que a situação extrema em que se encontram os grupos marginalizados não deve impor sacrifícios desnecessários para o resto da sociedade (GARGARELLA, 2007, p. 22). Neste ponto, a teoria de Gargarella está em consonância lógica com o garantismo de Ferrajolli, estabelecendo critérios que proibam a violência contra pessoas, mas não dispensando a possibilidade de atuação violenta contra coisas, haja vista ser exatamente a injusta distribuição de bens junto da má estrutura democrática que legitima as ações insurgentes dos grupos marginalizados, nos quais se inclui essencialmente a população carcerária brasileira.

No que tange à hipótese do exercício do direito de resistência resultante da teoria garantista e deslegitimante de Zaffaroni (1991), da qual se pode fundamentar um movimento de resistência que almeje uma ruptura com o sistema penal vigente, mas que não necessariamente importe na abolição do sistema penal, ou seja, que tenha como premissa a deslegitimação deste sistema punitivo - cujo discurso jurídico-penal, também entendido como saber penal, não é racional (ZAFFARONI, 1991, p. 16) -, mas que considere a necessidade de ruptura com a ordem vigente seguida da implementação de uma nova atuação das agências que constituem o sistema penal.

A teoria de Zaffaroni (1991, p. 19) defende que na América Latina a racionalidade do discurso jurídico-penal é absolutamente insustentável devido à incompatibilidade entre este e a realidade empírica do sistema penal, o que, entre outras coisas, o faz carecer de legitimidade<sup>98</sup>. A contradição entre o discurso e a realidade operacional do sistema, no entanto, não configura uma crise, mas uma característica estrutural que denuncia sua ilegitimidade (ZAFFARONI, 1991, p. 15). A proposta do autor não é a de abolir o sistema penal, mas a de que suas agências atuem assumindo a condição de marginalidade em que se encontram os selecionados pelo sistema, mas também da própria sociedade que o comporta, e que, a partir disso, seja possível uma superação dessa condição (1991, p. 7).

Nesse sentido, a proposta do exercício do direito de resistência fundada na teoria zaffaroniana se justifica não só pela violência prisional que incide em determinada parcela da população, mas pela atuação seletiva das agências que compõe o sistema penal no desempenho e na instituição da vigilância<sup>99</sup>. Se o sistema penal, devido a sua estrutura e a sua atuação, carece de legitimidade, por que as pessoas por ele selecionadas deveriam aceitar permanecer na condição marginalizada, tendo sua situação de vulnerabilidade social intensificada pela violência exercida no cumprimento da pena privativa de liberdade?

Embora uma crítica contundente sobre o exercício do poder penal possa ser pautada na atuação seletiva do sistema que se dá com a criminalização secundária efetuada pelas agências policiais e judiciais, Zaffaroni (1991, p. 24) aponta que o verdadeiro poder do sistema penal é desempenhado por aqueles órgãos que exercem controle sobre qualquer conduta pública ou privada através da interiorização de uma vigilância disciplinar por considerável parte da

---

<sup>98</sup> Por legitimidade do sistema penal Zaffaroni (1991, p. 16) entende “a característica outorgada por sua racionalidade”.

<sup>99</sup> “Praticamente não existe conduta – nem mesmo as ações mais privadas – que não seja objeto de vigilância por parte dos órgãos do sistema penal ou daqueles que se valem de sua executividade para realizar ou reforçar seu controle, embora mostrem-se mais vulneráveis as ações realizadas em público, o que acentua a seletividade da vigilância em razão da divisão do espaço urbano que confere menores oportunidades de privacidade aos seguimentos mais carentes.” (ZAFFARONI, 1991, p. 25)

população: as agências de comunicação social e as de reprodução ideológica, que costumam atuar desde cedo na vida das pessoas.

Nesse sentido, o sistema penal não exerce um poder apenas de controle social formal, no qual se pauta o discurso jurídico-penal de racionalização, seu principal poder perfaz a configuração de um disciplinamento verticalizante, exercido não só de maneira ilegítima, mas também à margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva, porque para o fundamental exercício de poder “a própria lei se ocupa de renunciar à legalidade, concedendo amplíssima margem de arbitrariedade a suas agências” (ZAFFARONI, 1991, p. 28). Trata-se de dispor de um poder que não possui (repressor)<sup>100</sup>, ocultando o verdadeiro poder que exerce (verticalizador-disciplinar) (ZAFFARONI, 1991, p. 26).

Denuncia Zaffaroni (1991, p. 126) que as agências não judiciais dos sistemas penais latino-americanos, principalmente as políticas e as policiais, estão<sup>101</sup> militarizadas<sup>102</sup> e as judiciais permitem que elas operem com inteira discricionariedade. No caso do caótico estado do sistema penitenciário brasileiro, que assim se encontra desde sua origem, as omissões do judiciário – que até reconhece o Estado de Coisas Inconstitucional, mas não tem pressa em enfrentar o mérito da ADPF n. 347 (BRASIL, 2015) – podem indicar sua preferência em não se indispor com as agências não judiciais, optando por demonstrar sua atuação na empreitada repressiva com a imposição de prisões cautelares, condenações “exemplares” e sentenças moralizadoras.

O resultado de um sistema penal seletivo em todos os seus âmbitos é o de que “criminalizados, vitimizados e policializados são selecionados nos mesmos setores sociais” (ZAFFARONI, 2013, p. 275).<sup>103</sup> Esta, certamente, é a realidade do percurso de seleção penal no Brasil, que desemboca na centralização da pena privativa de liberdade. Nesses moldes, se pode argumentar que é conveniente para os interesses de determinados setores dos poderes

---

<sup>100</sup> “[...] em razão da seletividade letal do sistema penal e da consequente impunidade das pessoas que não lhe são vulneráveis, deve admitir-se que seu exercício de poder dirige-se à contenção de grupos bem determinados e não à “repressão do delito”. (ZAFFARONI, 1991, p. 40)

<sup>101</sup> Diria que são, e não que estão, pois faz parte da sua constituição enquanto tal na América Latina.

<sup>102</sup> “[...] as agências não judiciais dos sistemas penais latino-americanos possuem poderes para impor penas, violar domicílios e segredos de comunicação, requerer documentação identificatória aos habitantes, expedir essa documentação (e marcá-la ou negá-la quando lhes convém), privar de liberdade qualquer pessoa sem culpa ou suspeita alguma, realizar atos de instrução, ocupar-se de o que a burocracia judicial lhe deixa por menor esforço, fazer “batidas”, fechar lugares públicos, censurar espetáculos, fichar a população, etc. Não há controle militarizado mais poderoso e formidável do que o exercício por estes órgãos, à margem de qualquer controle do órgão judicial e, inclusive, com seu beneplácito.” (ZAFFARONI, 1991, p. 126)

<sup>103</sup> E embora a argumentação pareça “conspiratória”, os desajustes do sistema penal são explicados por Zaffaroni (2013, p. 275) não pela manipulação de um “poder maligno e perverso”, mas pelas tendências que vão se estabelecendo pelo poder punitivo sem que ninguém as detenha, uma vez que resultam funcionais aos diferentes interesses setoriais.

políticos, econômicos e ideológicos que as pessoas pobres se matem entre elas, pois enquanto focam suas energias nos conflitos entre si, ficam impossibilitados de participarem ativamente das decisões políticas (ZAFFARONI, 2013, p. 275) e de atuarem contra a opressão que sofrem do próprio sistema penal.

Nesse sentido, Zaffaroni (1991, p. 124-125) anuncia um sistema penal envolto em mortes:

Há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada, ou seja, fuzilamento sem processo). Há mortes por grupos policiais de extermínio em várias regiões. Há mortes por grupos parapoliciais de extermínio em várias regiões. [...] Há morte por erro ou negligência, de pessoas alheias a qualquer conflito. Há mortes do pessoal dos próprios órgãos do sistema penal. [...] Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário. Há mortes por violência exercida contra presos nas prisões. Há mortes por doença não tratadas nas prisões. Há mortes por taxa altíssima de suicídios entre criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconscientes. Há mortes..."

Frente as inúmeras hipóteses de deslegitimação levantadas e trabalhadas por Zaffaroni, as mortes são os únicos fatos inegáveis de deslegitimação do sistema penal latino-americano. Trata-se de uma deslegitimação que ultrapassa os limites teóricos, porque atinge diretamente a consciência ética de quem com elas se separam. Não requer qualquer demonstração científica, porque é perceptível. Quando o Estado é responsável por mortes, geralmente impedindo ou evitando o ritual da morte e do luto, torna mais certa a presença de que há mortes. (ZAFFARONI, 1991, p. 38)

Demonstrando a atuação compartimentalizada das agências penais, de forma a entender o sistema penal apenas como a soma do exercício de poder de todas as suas agências que operam de forma independente (ZAFFARONI, 1991, p. 144), Zaffaroni propõe como solução para a deslegitimação do sistema penal não a sua abolição – opção que o autor não rechaça, encarando como uma utopia possível de ser alcançada por meio de um minimalismo penal (ZAFFARONI, 1991, p. 106) - mas a atuação das agências em uma perspectiva realista marginal, o que contribuiria de forma significativa na redução da violência perpetrada pelo sistema penal.

Para tanto, indica (ZAFFARONI, 1991) como necessário: introdução de um discurso não violento nos órgãos de reprodução da ideologia do sistema penal (p. 175); delimitação do âmbito do discurso jurídico-penal com dados empíricos que retirem de determinadas agências o arbítrio do exercício do poder (p. 186); reconhecimento por parte das agências judiciais da deslegitimação do sistema penal e a renúncia a qualquer discurso relegitimante (p. 196); formulação de um discurso jurídico-penal racional a serviço da deslegitimação (p. 225); revisão

dogmática dos institutos de direito penal clássico (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) que possam fornecer limites à irracionalidade (p. 248-263).

Este estudo, por sua vez, aceitando a possibilidade de deslegitimação do sistema penal, argumenta que a mola propulsora para a construção de um discurso jurídico-penal realista marginal que ampare a atuação das agências penais pode e deve partir de uma ruptura ocasionada legitimamente pelo movimento de resistência de origem prisional. Isso porque, de onde haveria de vir a insurgência, que obriga a uma ressignificação do sistema punitivo, logo do discurso jurídico-penal, senão de uma população que chegou ao topo da violência perpetrada pelo sistema penal?

Se a pena privativa de liberdade é a pena central - embora contraditoriamente seja a última razão -, se o sistema penal atua de maneira seletiva em todos os seus âmbitos agenciais, fazendo chegar até os cárceres, em sua maior parte, àqueles que estão à margem dentro de uma sociedade já marginal, se o sistema penal se encontra deslegitimado pela sua incoerência entre o discurso jurídico-penal e a atuação de suas agências, só resta ao extremo dessa cadeia de dominação (o contingente carcerário) buscar outros meios, fora das previsões normativas, de terem seus direitos respeitados, uma vez que, como se trabalhou sob a perspectiva garantista, os instrumentos formais do Estado Democrático de Direito não atuam ao seu favor.

Em alguma medida, o direito de resistência advindo da teoria garantista deslegitimante também se justificaria sob um viés de alienação legal, uma vez que se vislumbra na hipótese a última razão diante de um aparato que, reconhecendo a violência perpetrada, permanece violando direitos e garantias fundamentais, nesse caso, amparado pela omissão ou contando efetivamente com a atuação das agências estatais. Nesse caso, a resistência sob a perspectiva deslegitimante estaria menos reticente ao uso da violência, por reconhecer na atuação das agências do sistema penal um número infindável de mortes, embora, certamente, isso não autorize o uso de violência contra pessoas.

## 5 CONCLUSÃO

Um poder que se pretende legítimo encoraja a obediência das pessoas por ele abarcadas, sendo a desobediência, desde o surgimento de um pacto político, passível de coerção. O debate em torno do poder político se dá em teorias que dialogam entre dois extremos: o dever de obediência e o direito de resistir ao poder. O dever de obediência, assim, não é absoluto, se estabelecendo numa complexa estrutura de organização social, na qual se pode contestá-lo frente a injustiça ou ilegitimidade da ordem.

A expressão “direito de resistência”, embora pareça se tratar de matéria exclusivamente jurídica, não pode ser desvinculada de sua carga política, devendo seu significado se inserir num contexto de limitação do poder do Estado ou das instituições ou indivíduos que o representam. E se o Estado Democrático de Direito constitui uma condição para o exercício das liberdades públicas, o direito de resistência permanece, ainda que implicitamente, não só contido nos instrumentos democráticos dos Estados modernos, mas disponível para evocação sempre que a atuação do Estado se caracterize enquanto uma opressão aos indivíduos e os instrumentos ditos democráticos se mostrem inefetivos para cessar a violência.

Assim, o direito de resistência se apresenta como um instrumento de garantia da cidadania, pilar dos Estados Democráticos de Direito, capaz de garantir aos sujeitos integrantes de cada sociedade condições de não permanecer sob opressão, tendo seus direitos fundamentais respeitados não só pelos outros cidadãos, mas pelo próprio Estado. Assim, embora a resistência surja numa perspectiva naturalista, é positivada pelo ordenamento jurídico enquanto um direito e mais tarde sofre um processo de institucionalização, de forma que toda limitação dos poderes e das agências estatais são o reflexo do direito de resistência pertinente a cada indivíduo e também à coletividade.

Na Antiguidade e na Idade Média, a resistência era manifestada enquanto uma desobediência a ordem injusta ou quando a autoridade que detém o poder político passa a ser considerada ilegítima - tanto pela ocupação viciada do trono como pela deturpação ou abuso de seu poder. E embora nesse período haja um dissenso sobre de onde emana o poder - na maioria das vezes da divindade, representada pelo rei, mas em alguns casos do povo - e nas consequências de sua transmissão, permanece a possibilidade de resistir ao poder político, mesmo que o ato precise ser intermediado ou consentido por alguma figura ligada ao próprio poder, como os representantes religiosos.

No contratualismo, os pactos políticos se caracterizam por uma nova organização à sociedade: o surgimento do Estado Moderno, contexto marcado pela garantia do indivíduo em face do poder político. As doutrinas contratualistas, de uma forma geral, buscam o fundamento de legitimação do poder político por meio do consenso ou da força, encontrando no pacto social a passagem do estado de natureza para o estado social. Dentre todas as teorias contratualistas abordadas no trabalho, duas merecem especial atenção: a de Locke e a de Marat.

A teoria de Locke porque fundamenta a noção ainda em vigor de um direito de pressupostos liberais, na qual o direito de resistência é associado a uma ideia de soberania limitada, o que implica em um pacto de associação, mas não de submissão. Nesse sentido, o poder do governante, logo, o pacto social, seria legitimado na medida em que o governo cumpre a função que lhe foi outorgada pelos pactuantes: atuar na garantia do espaço de liberdade individual e do bem comum. Agindo o governante de forma oposta à sua função, deixa de ser devida a obediência ao poder, o que importa em um legítimo direito de resistência.

A teoria de Marat porque reconhece a necessidade do pacto na ideia de que é preciso uma atuação governamental para assegurar o gozo de direitos que as pessoas já detinham antes da celebração do pacto social. A hipótese de resistência na teoria maratiana se fundamenta na obrigação que o Estado tem de prover meios para a satisfação das necessidades mais básicas de seus cidadãos, pois somente depois de ter sanado suas obrigações com seus governados é que o governante adquiriria legitimidade para gerir a ordem social. A perspectiva de Marat inclui os direitos sociais na órbita dos direitos fundamentais, representando uma inversão metodológica na interpretação do contrato social, logo, da relação obediência-resistência que gira em torno do poder.

No que tange ao processo de institucionalização do direito de resistência, este trabalho defende a ideia de que a limitação do poder do governante, proporcionada pelos instrumentos formatados na construção de um Estado de Direito, são o reflexo do direito de resistência não só na órbita política, mas jurídica. Assim, mesmo que a resistência tenha ocupado condição de direito explicitamente positivado nas legislações das diversas sociedades e mais tarde “perdido” tal status, não significa que tenha sucumbido dentro do ordenamento jurídico. Entende-se que o direito foi reposicionado para a condição de última razão, diante dos diversos dispositivos destinados à garantia de direitos e à limitação do poder estatal, permanecendo nos ordenamentos jurídicos de maneira implícita, pois contido no direito material.

Traçando uma discussão contemporânea sobre o direito de resistência, considerando os diversos poderes (político, econômico, ideológico etc) que hoje interferem na dinâmica social, logo, na possibilidade de garantia (por parte do Estado) e de acesso (por parte dos

cidadãos) aos direitos fundamentais, a pesquisa entendeu fundamental a perspectiva levantada por Gargarella sobre ser legítimo o exercício do direito de resistência nos casos em que a situação vivenciada pelas pessoas se configura como de alienação legal. A ideia desenvolvida por Gargarella, da qual este estudo compartilha, é a de que nessas situações o direito começa a servir propósitos contrários àqueles que justificam a sua existência.

Nessa esteira, passou-se a discutir o *ius puniendi* enquanto um poder político que, ao confiscar o conflito das partes nele envolvidas, apenas impõe uma decisão vertical. Esta maneira de gerir os conflitos, no entanto, não se constitui enquanto um método que promove sua solução dos conflitos, serve apenas para reforçar o poder punitivo do Estado, logo, o exercício do seu poder político. Institucionalizando o uso da violência, o Estado passa a exercer seu poder punitivo de forma expansiva, sendo atribuição do direito penal regulamentar seu exercício e, junto das instituições e demais dispositivos democráticos, limitá-lo.

Em determinada medida, as teorias contratualistas de Hobbes e de Locke, posteriormente complementadas por Beccaria, contribuíram para que da modernidade em diante o poder punitivo se estabelecesse como um modelo de coerção violenta centralizado no Estado. Esta perspectiva se sustenta, ainda hoje, sob o discurso jurídico-político de não haver um modelo que possa melhor servir aos intuítos do controle social, sendo, hipoteticamente, a única forma possível de gestão dos conflitos e de legitimação do próprio poder que compõe.

Este trabalho, no entanto, discutiu a necessária atuação do poder punitivo dentro dos limites estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, que assim se constitui não apenas pelo viés formal, mas principalmente pelo material (ou substancial). A democracia, então, é encarada como um processo e não como um modelo dado, podendo, nesses moldes, questioná-la a si mesma em uma constante reinvenção política, logo, jurídica. Neste contexto que envolve a democracia e o *ius puniendi*, a atuação do Estado e de suas agências tensionam a visão sobre o sistema penal ser um garante de direitos fundamentais ou um instrumento de mera violência do Estado.

O estudo, então, optou por abordar o sistema penal como, na concepção zaffaroniana, um conjunto de agências que o compõe e que atua de forma seletiva na criminalização de condutas, na aplicação da lei penal e no exercício do poder de punitivo. Neste ínterim, estabeleceu a pena privativa de liberdade como pena central, fundada em discursos jurídico-penais que ao invés da racionalizar a utilização da pena, acaba por justificar a constante violação de direitos em todas as fases de atuação do sistema penal, sem se preocupar com as funções latentes da pena.

Nesse sentido, a pena é encarada como mero ato de poder, ou seja: só pode ser explicada sob o viés político, que no modelo das sociedades capitalistas só pode servir a interesses de determinados grupos e não aos grupos sociais vulnerabilizados. A pena privativa de liberdade, então, surge e se estabelece como um instrumento de dominação e se perpetua, ainda hoje, sob a lógica disciplinar, fundada em um biopoder, nos moldes foucaultianos. O trabalho entende que ao tentar ignorar a íntima relação entre poder político e a questão criminal, o discurso jurídico-penal tenta afastar da discussão sobre as penas e ideia de função e fim do Estado.

Partindo da ideia de que os sistemas punitivos se configuram, por si só, como instrumentos de exclusão social - que quando não é responsável pela marginalização de determinados grupos acaba por contribuir na perpetuação da mesma -, o estudo passou a tratar das prisões da América Latina como um fenômeno que necessariamente envolve mortes, senão as físicas, as civis, uma vez que ao serem inseridas no ambiente prisional as pessoas não mais são reconhecidas como sujeitos de direitos. Nesse contexto, a América Latina, inevitavelmente implicada em processos de colonização, neocolonização e globalização, é apontada como uma instituição de sequestro e suas prisões como instituições de sequestro que se situam dentro dessas, logo, sob o violento exercício do poder punitivo multiplicado em sua intensidade.

A abordagem pretendeu construir a ideia de que nessa situação existe uma violência peculiar, que é a soma dos processos de marginalização causados por todos os sistemas penais com aquela estruturalmente realizada pelos processos característicos dos países periféricos. A situação conforma não só a punição da pobreza (como de praxe nos países centrais), mas todos aqueles que compõe grupos socialmente vulnerabilizados, em regra, a maior parte da população latino-americana: os(as) descendentes dos povos originários e da população negra que foi traficada e escravizada nas colônias.

Nesse sentido, diante de um contingente carcerário específico, foram apontados os principais problemas prisionais da América Latina verificados pela OEA: a superpopulação carcerária, as condições degradantes dos estabelecimentos prisionais, os altos índices de violência carcerária, o emprego da tortura e o uso excessivo da força por parte dos agentes de segurança pública, o excesso de prisões processuais, a ausência de medidas efetivas na proteção das pessoas condenadas que compõe grupos vulneráveis, a falta de programas laborais educativos ou de transparência em tais setores e a corrupção da gestão penitenciária.

Os problemas são reconhecidos não só no meio acadêmico, mas também pelo judiciário e demais agências estatais, o que leva a compreender que a situação caótica dos sistemas prisionais na América Latina não se trata de uma crise, mas de característica da

estrutura. É nesse contexto que o trabalho se posiciona de forma que: se os dispositivos criados pela modernidade e disponíveis em um suposto Estado Democrático de Direito não são capazes de solucionar o problema carcerário, não resta aos selecionados outra alternativa para se livrar dessa violência que advém do poder estatal, senão o resgate do direito de resistência.

O contexto prisional brasileiro, então, foi analisado como um fragmento da realidade latino-americana, de forma a compartilhar a responsabilidade da situação prisional aos três Poderes do Estado, retrato da atuação antidemocrática de suas agências. No Brasil, as violações de direitos das pessoas presas são perceptíveis não só na realidade fenomenológica, nas flagrantes violações da legalidade, mas também no plano normativo, quando os pressupostos da disciplina e da segurança das prisões prevalecem quase que incondicionalmente sobre a garantia de direitos fundamentais.

E diante da possibilidade de resistir às violências perpetradas pelo poder punitivo, principalmente as vivenciadas no âmbito prisional, o Estado além de não oferecer instrumentos efetivos para a garantia de direitos também sanciona (criminal e administrativamente) os atos insurgentes, motivo pelo qual o direito de resistência, enquanto última razão, deve ser evocado. E aqui, não se trata de “ressuscitar” o direito que foi sucumbido nos planos da modernidade, mas de reforçar seu caráter material, uma vez que permanece compondo os ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, de forma implícita, fundamentando elementos básicos da democracia como a dignidade da pessoa humana (frente ao poder do Estado) e o próprio exercício da cidadania.

Diante disso, este estudo defende a possibilidade de resistência frente à violência prisional sob três distintas perspectivas: sob o olhar garantista de Ferrajoli; frente a perspectiva de alienação legal de Gargarella; e, por fim, diante da teoria deslegitimante de Zaffaroni. Trata-se, nas duas primeiras hipóteses, de entender o poder punitivo como legítimo, porém, em alguma medida, com atuação deturpada, o que enseja atos de resistência que exijam sua adequação aos fins propagados pelo discurso jurídico-penal, e na segunda uma resistência que advém da hipótese de ilegitimidade do sistema punitivo, o que, portanto, requer um novo modelo de sistema penal e não necessariamente a abolição do sistema penal.

Assim, a hipótese que se funda no garantismo de Ferrajoli sugere a interpretação de que as causas excludentes de ilicitude deveriam abarcar situações de resistência no ambiente prisional, uma vez que as demandas pleiteadas em movimentos de insurgência são, em regra, de efetivação da própria legalidade violada pelo Estado. Dessa forma, o Estado estaria viabilizando instrumento coletivo de defesa de direitos fundamentais, possibilidade negada as

pessoas presas, que, ao contrário, incorrem em sanções criminais ou administrativas ao resistirem a violência estatal.

A possibilidade fundamentada na teoria de Gargarella se dá pela interpretação de que as pessoas selecionadas pelo sistema prisional, em regra, já se encontravam em situação de alienação legal, e que, após inseridas em instituições penais, tem sua condição agravada. Diante da impossibilidade de resistir à violência do sistema prisional por meios menos graves, a resistência se apresenta adequada na luta para satisfazer suas necessidades mais básicas e poder, em maior ou menor grau, inserir-se em situação política capaz de transmitir suas demandas para seus representantes e responsabilizá-los por suas atuações ou omissões.

A perspectiva que se alicerça na teoria deslegitimante de Gargarella foi pautada na ideia de que a racionalidade do discurso jurídico-penal é absolutamente insustentável devido à incompatibilidade entre este e a realidade empírica do sistema penal, o que, entre outras coisas, o faz carecer de legitimidade. A violência prisional resultante da atuação seletiva e deturpada das agências penais ensejaria um movimento legítimo de resistência, sendo este a mola propulsora para uma ruptura com a ordem vigente e, a partir de então, a construção de um discurso jurídico-penal realista marginal.

A proposta, então, defendeu a tese de que diante dos pressupostos que fundamentam à obediência ao direito ou que legitimam o exercício do direito de resistência, a situação de constante violação de direitos fundamentais experimentada nas prisões brasileiras, responsabilidade compartilhada entre todos os Poderes estatais, somada à seletividade penal, que atua de forma a acentuar as desigualdades sociais, autoriza, ressalvados certos limites, o exercício do direito de resistência por parte da população prisional, uma vez que os instrumentos disponibilizados pelo pretense Estado Democrático de Direito demonstram-se inefetivos para cessar as situações de violência perpetradas pelas próprias agências do sistema penal.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo)liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- AGUIAR, Fernando. Derecho general a la resistencia y derecho a la rebelión. In: GARGARELLA, Roberto. **El derecho a resistir el derecho**. Buenos Aires: Miño y Dávila srl., 2005.
- ALEGRE, Marcelo. Protestas sociales: ¿Violación o reivindicación del derecho? In: GARGARELLA, Roberto. **El derecho a resistir el derecho**. Buenos Aires: Miño y Dávila srl., 2005.
- ALTHUSIUS, Johannes. **Política**. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O direito penal e o político: do limite do poder penal ao poder penal sem limite. **Boletim IBCCRIM**, n. 240, São Paulo, nov. 2012, p. 13-14.
- \_\_\_\_\_. **Cidadania**: do direito aos direitos humanos. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.
- ANISTIA INTERNACIONAL. **Brasil**: Aqui ninguém dorme sossegado - violações dos direitos humanos contra detentos. SP: Seção Brasileira da Anistia Internacional, 1999. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/06/amr190091999pt.pdf>> Acesso em 07 ago. 2021.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. A América Latina como instituição de sequestro. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. **Manual de criminologia sociopolítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- \_\_\_\_\_. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos “concordes, seguros e capazes”. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- ANZALDÚA, Glória. Falando em línguas: uma carta para as mulheres escritoras do terceiro mundo. Tradução de Édna de Marco. 1980. **Estudos Feministas**, v. 8, n. 1, p. 229-236, 2000. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/issue/view/311>>. Acesso em 03 fev. 2021.
- AQUINO, São Tomás de. **Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes**. Mexico: Porrúa S. A., 1975.

\_\_\_\_\_. **Suma Teológica**. Porto Alegre: Coedição da Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, Universidade de Caxias do Sul, Editora Sulina e Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1980.

ARENDR, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Edição bilingue. São Paulo: Vega, 1998.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Tradução de Ana Lucia Sabadell. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, abril-maio-junho 1993, p. 44-61.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BIANCHI, Álvaro. O conceito de estado em Max Weber. **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 92, 2014, p. 79-104. Disponível em:  
<<https://www.scielo.br/j/ln/a/bNshhdRwcCdKfVVKLdJMjX9L/?lang=pt&format=pdf>>  
Acesso em 06 ago. 2021.

BRASIL. Casa Civil. **Código Penal**. Instituído pelo Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 01 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Casa Civil. Código de Processo Penal. Instituído pelo Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Casa Civil. **Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)> Acesso em: 01 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 01 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de set. de 2015. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 14 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2020. Disponível em:  
<<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>> Acesso em 18 jan. 2021.

BOBBIO, Norberto. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano

Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. v. 1. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

\_\_\_\_\_. Desobediência civil. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. v. 1. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Yersioni. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

BUZANELLO, José Carlos. **O direito de resistência como problema constitucional**. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

CARVAJAL, Patricio Aravena. Derecho de resistencia, derecho a la revolución y desobediência civil en la temprana epoca moderna. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos** [Sección História del Pensamiento Jurídico], Valparaíso/Chile, n. 14, p. 241-273, 1991. Disponível em: <<http://rehj.cl/index.php/rehj/article/viewArticle/192>> Acesso em 12 jun. 2021.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, invisibilidade, reconhecimento**: o controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. O encarceramento da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul-dez 2015. Disponível em: <[https://bradonegro.com/content/arquivo/12122018\\_111430.pdf](https://bradonegro.com/content/arquivo/12122018_111430.pdf)>. Acesso em: 02 set. 2021.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**: geral e Brasil. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CHAUI, Marilena. **Política em Spinoza**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Poder Judiciário. **Recomendação n. 62 de 17 de março de 2020**. Disponível em:

<<https://atos.cnj.jus.br/files/original160026202003305e82179a4943a.pdf>> Acesso em: 02 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. **Monitoramento local Covid-19**. 29. ed. 2021a. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/monitoramento-cnj-gmfs-covid19-12-8-21.pdf>> Acesso em 20 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. **Monitoramento de casos e óbitos Covid-19**. 2021b. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/monitoramento-casos-e-obitos-covid19-12-8-21-info.pdf>> Acesso em 20 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. **Monitoramento da Recomendação n. 62 do CNJ**. Relatório I. 2021c. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/Relat\\_Form\\_Monitoramento\\_Rec62\\_1307.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/Relat_Form_Monitoramento_Rec62_1307.pdf)> Acesso em 20 ago. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-153/98**. Bogotá: Corte Constitucional de Colômbia, 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>> Acesso em: 14 ago. 2021.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: eBooksBrasil, 2006.

CUNHA, Mércia Miranda Vasconcellos. **O dever de resistência frente à ilegitimidade do sistema jurídico**: contra a racionalidade dos donos do poder. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36149/R%20-%20T%20-%20MERCIA%20MIRANDA%20VASCONCELLOS%20CUNHA.pdf?sequence=1&isAllo wed=y>>. Acesso em 11 jan. 2021.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

DEPEN – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>> Acesso em: 10 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. 2020. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>> Acesso em: 10 ago. 2021.

EL PAÍS. **A agressiva doença de pele que fez o MP pedir a interdição de prisão em Roraima**. 23 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-01-23/a-agressiva-doenca-de-pele-que-fez-o-mp-pedir-a-interdicao-de-prisao-em-roraima.html>> Acesso em: 03 ago. 2021.

EUA. **Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia**. 1776. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

FBSP - Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: FBSP, 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>> Acesso em 18 jan. 2021.

FELTRAN, Gabriel. **Irmãos: uma história do PCC**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Lúcio Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. El derecho como sistema de garantias. In: **Revista Jueces para la Democracia**, n.16-17, Barcelona, 1992, p. 61-69.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: a história da violência nas prisões**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2010.

\_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2013.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis. Dos delitos e das penas: seria mesmo uma obra sobre *humanização* do sistema de controle e de punição?. In: FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis. **No rastro das penas perdidas: ensaios críticos sobre o sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil: direito fundamental**. São Paulo: RT, 1994.

GARGARELLA, Roberto. El derecho de resistencia en situaciones de carência extrema. **Astrolabio Revista Internacional de Filosofia**, Barcelona, n. 4, p. 1-29, 2007. Disponível em: <<http://www.ub.edu/astrolabio/Articulos4/ARTICULOgargarella.pdf>> Acesso em 25 abril 2021.

\_\_\_\_\_. **El derecho a resistir el derecho**. Buenos Aires: Miño y Dávila srl., 2005.

GIDE, André. **A volta do filho pródigo**. Tradução de Ivo Barroso. São Paulo: Nova Fronteira, 1984.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim. **Criminologia e(m) crítica**. Curitiba: Editora Champagnat, 2013.

GLOPPER, Siri. Sobre el derecho de resistencia en contextos de privaciones severas: ¿Cómo debería reaccionar el Estado? In: GARGARELLA, Roberto. **El derecho a resistir el derecho**. Buenos Aires: Miño y Dávila srl., 2005.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Perspectiva, 1961.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

\_\_\_\_\_. **Constituição, Ministério Público e direito penal**: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teorias críticas e direito criminal**: sobre os fundamentos e a legitimação do direito de punir. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

GUIMARÃES, Francisco de; ROCHA, Maurício. Spinoza e o direito de resistência. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 69, p. 182-214, dez. 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/seq/n69/08.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2021.

HALL, Stuart. O ocidente e o resto: discurso e poder. Tradução de Carla D'Elia. **Projeto História**, São Paulo, n. 56, p. 314-361, mai-ago 2016. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/view/30023/20834>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología u al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Jackson Pierre de Andrade e Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014.

\_\_\_\_\_. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

\_\_\_\_\_. **Do cidadão**. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2006.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil. Estudos e Pesquisas, **Informações demográficas e socioeconômicas**, n. 41, 2019. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf)>. Acesso em 02 set. 2021.

INSTITUTO IGARAPÉ. **Populismo penal na América Latina: a dinâmica de crescimento da população carcerária**. Nota estratégica 32, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <[https://static.poder360.com.br/2019/04/2019-04-16-NE-32\\_Prision-Growth-PT.pdf](https://static.poder360.com.br/2019/04/2019-04-16-NE-32_Prision-Growth-PT.pdf)> Acesso em: 10 ago. 2021.

JUNIOR, Bortolozzi Flávio. **Resistir para re-existir**: criminologia (d)e resistência e a (neco)política brasileira de drogas. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

KANT, Immanuel. **Teoria y Praxis**. Traducción de Calors Correas. 3. ed. Buenos Aires: Leviatán, 2008.

\_\_\_\_\_. **Metafísica dos Costumes**. Tradução de Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes, 2013.

KARAM, Maria Lúcia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 6, v. 2, abril-junho 1994, p. 117-132.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. A normatividade do direito de resistência no contratualismo moderno: Hobbes, Locke, Kant. **Pensando – Revista de Filosofia**, v. 9, n.18, Teresina-PI, 2018, p. 23-39. Disponível em: <<https://revistas.ufpi.br/index.php/pensando/article/view/7669/5015>>. Acesso em 04 jul. 2021.

LYRA FILHO, Roberto. Carta aberta a um jovem criminólogo: teoria, práxis e táticas atuais. **Revista Direito Penal**, n. 28, Rio de Janeiro, 1979, p. 5-25.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MARAT, Jean-Paul. **Plano de Legislação Criminal**. Tradução de Carmensita Ibaixe e João Ibaixe Júnior. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. v. 1. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: N-1 Edições, 2020.

MIGUEL, Luis Felipe. **Dominação e resistência**: desafios para uma política emancipatória. São Paulo: Boitempo, 2018.

MORITA, Henrique Franco. **Kant e os direitos humanos**: uma relação problemática. 2018. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Florianópolis. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/190223/PFIL0312-D.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 10 fev. 2021.

OEA - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas**, 2011. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>> Acesso em: 10 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**, 2013. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>> Acesso em: 10 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas**, 2017. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>> Acesso em: 10 ago. 2021.

ONU. Perspectiva Global Reportagens Humanas. **Mundo chega a 2 milhões de mortos por Covid-19**. 2021. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2021/01/1738882>>. Acesso em: 28 jan. 2021.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Teoria democrática da resistência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo**: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

PUFENDORF, Samuel. **Os deveres do homem e do cidadão**: de acordo com as leis do direito natural. Tradução de Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

RAUTER, Cristina. Manicômios, prisões, reformas e neoliberalismo. **Revista Discursos Sediciosos**, n. 2, Rio de Janeiro: ICC e Freitas Bastos, 1998, p. 71-76.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Alamiro Pissetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCCO, Arturo. **El objeto del delito y de la tutela jurídica penal**: contribución a las teorías generales del delito y la pen. Tradução de Gerônimo Seminara. Montevideu: B. de F. Editor, 2005.

ROCHA, Alexandre Pereira da. Uma análise política do direito de punir do Estado. **Hegemonia**: Revista de Ciências Sociais, n. 26, Brasília, 2019, p. 40-65. Disponível em: <<https://revistahegemonia.emnuvens.com.br/hegemonia/article/view/270>> Acesso em: 30 jul. 2021.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **O ensaio como tese**: estática e narrativa na composição do texto científico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014.

RUSCHE; Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutural social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. O contrato social em Samuel Pufendorf. **Revista de Filosofia Aurora**, Curitiba, v. 21. n. 28, p. 143-163, jan.-jun. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/view/1213/1144>>. Acesso em: 09 fev. 2021.

SALLA, Fernando. As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul-dez 2006, p. 274-307.

Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/soc/a/scwmP45yrcfVQ3MG8nwJNrB/?lang=pt>>  
Acesso em: 15 ago. 2021.

SILVA, Érika Costa da. “Extra! Sem destaque no jornal”! A violação estrutural de direitos humanos contra os corpos encarcerados e a seletividade midiática e social. In: FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Rebelião**. Brasília: Brado Negro e Nirema, 2020.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de João Baptista de Mello e Souza. São Paulo: eBooksBrasil, 2005.

SPINOZA, Baruch. **Tratado Político**. Tradução de Diogo Pires Aurélio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA JÚNIOR, Geraldo Alves. **O princípio estatal e a alternativa federalista**. Revista Politéica, São Paulo, v. 4, n.1, p. 89-123, 2016.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal**: parte especial – art. 312 a 359-H do CP. v. 5. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Resistência violenta aos governos injustos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 50, p. 192-219, 1955. Disponível em: <[revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66228](http://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66228)>. Acesso em: 17 jan. 2021.

THOMPSON, Augusto Frederico Gaffrée. **A questão penitenciária**. Petrópolis: Vozes, 1976.

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

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UnB, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

\_\_\_\_\_ *et al.* **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

\_\_\_\_\_. **La cuestión criminal**. Ilustrada por Miguel Rep. 3. ed. Buenos Aires: Planeta, 2012.

\_\_\_\_\_. Descolonización y poder punitivo. **Comunes**, Revista de Seguridad, Ciudadanía y Pensamiento Crítico, n. 2, Caracas, nov. 2012 - abril. 2013, p. 9-24. Disponível em: <<http://www.unes.edu.ve/wp-content/uploads/2012/07/02.pdf#page=9>> Acesso em: 03 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. **A questão criminal.** Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.