

# **O DIREITO DE RESISTÊNCIA E A DESOBEDIÊNCIA CIVIL: BREVE ANÁLISE DA POSSÍVEL APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO \***

Sumário: Introdução. 1. Breve Histórico do Direito de Resistência. 2. Definição Constitucional do Direito de Resistência. 3. O Legítimo Direito de Resistência e seus requisitos. 4. A Desobediência Civil: conceito e fundamentos. 5. Análise da possibilidade do Direito de Resistência e da Desobediência Civil no Âmbito do Direito Processual Penal. Considerações.

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem por objetivo apresentar uma breve análise, com base em levantamento bibliográfico, do direito de resistência e da desobediência civil e a possível aplicação destes por meio do processo penal brasileiro.

Partindo-se de um breve estudo histórico a respeito, serão desenvolvidas a conceituação do direito de resistência e da desobediência civil na concepção do sociólogo Norberto Bobbio, a classificação e fundamentação para, ao final, abordar a temática no âmbito processual penal.

Objetiva demonstrar a existência de uma interpretação baseada nas garantias das liberdades fundamentais, que fundamenta o exercício da resistência e a desobediência civil, como uma forma de garantir ao cidadão a satisfação de direitos e garantias fundamentais expressamente fixados no ordenamento jurídico.

Sabe-se que cabe ao Estado exercer as atividades para qual sua concepção se destina, ou seja, cumprir com sua função social de promover e proteger a eficácia dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, que estão inseridos no “contrato social”.

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia critica: diálogos interdisciplinares".

Para a existência deste contrato, parte da liberdade do povo foi cedida em prol do bem comum, sendo que este se destina a configurar a relação de direito e deveres. Não ocorrendo na forma pela qual a assembleia determinou, cabe aos membros desta o direito de reivindicá-los.

Por isso, faz-se necessária a discussão sobre o denominado direito de resistência e a desobediência civil como formas de garantir aos cidadãos a satisfação dos mencionados direitos e garantias fundamentais, configurando um dos preceitos elementares que é o poder do povo sobre o Estado.

O direito de resistência e a desobediência civil podem ser considerados como meios dos cidadãos defender e reivindicar os direitos que estão estampados constitucionalmente, e desse modo, tentar reestruturar o ordenamento jurídico que está sendo violado e fadado ao insucesso.

Ainda que o direito de resistência seja concretizado quando o povo consegue derrubar o poder e criar uma nova ordem jurídica, sendo a legitimação do poder de fato, não se pode olvidar que a desobediência civil inicia-se com manifestação de recusa a opressão e violação de direitos, apresentando requisitos que a diferenciam de atos de violência ou de um apenas não cumprimento legal.

A partir do momento que o povo delega seu poder ao governo, isso não lhe retira direitos, apenas faculta o exercício por meio de representações, ou seja, os direitos permanecem e devem ser respeitados, sob pena de a falha ou ineficaz representação causar injustiças e opressões.

Desta forma, a resistência, expressada pela desobediência civil, pode ser considerada como uma forma do povo exercer o poder, quando este não vem sendo devidamente desempenhado em sua fórmula representativa.

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado "A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional".

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia crítica: diálogos interdisciplinares".

Neste contexto, é que se faz um liame entre o direito de resistência e o direito de desobediência com o processo penal, quando há nitidamente a opressão por meio do descumprimento de preceitos constitucionais direcionados pelo processado criminalmente, por ser esta a esfera do exercício de restrição imposto pelo Estado frente aqueles que rompem o contrato social.

Traz-se à baila a discussão sobre o posicionamento de relator de acórdão na esfera processual penal, que entendeu que o mandado de prisão deveria ficar suspenso, correndo a prescrição, devido à falta de estabelecimento prisional adequado aos ditames legais, ou seja, que cumpra as exigências mínimas e assegure os direitos do apenado, não podendo ser desconsiderado um problema que atinge milhares de pessoas processadas criminalmente.

Trata-se de um estudo descritivo e exploratório, não havendo a pretensão de esgotar a temática.

## **1. Breve Histórico do Direito de Resistência**

Como raízes históricas do direito de resistência, Maria Garcia (2004, p. 158), nas lições de Machado Paupério, traz o Código de Hamurabi, o qual previa o castigo da rebelião ao governante descumpridor das leis.

Na Grécia, menciona que na obra de Sófocles *Antígona*, havia a previsão de que não era vedado desobedecer às demais leis, por existirem leis não escritas, superiores as outras por emanarem dos direitos da pessoa humana enquanto essência.

Em Roma, traz que não foi encontrada nenhuma doutrina sobre o direito de resistência, mas leciona que das *Questões* de Farinaccius (n. XII, 88-91) era possível depreender que no direito romano fazia referência a legalidade da resistência.

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia crítica: diálogos interdisciplinares".

A mesma autora (GARCIA, 2004, p. 158) ensina que os que mais recentemente podem ser denominados de percussores do “chamado direito de resistência” são: S. Isidoro e S. Tomás de Aquino com a “teoria da revogação do poder real do povo”.

Não haveremos de tratar, mas ainda podemos considerar Guilherme de Ockham com o “Brevilóquio sobre o principado tirânico”, onde a resistência ao poder ou a contestação deste poder é parte da filosofia política, e a limitação do poder do papa, no aspecto da *tiranía*, ideias que interessaram a juristas, como Bártolo. Menciona que a doutrina medieval passou a ter concepção de que ordem abusiva do soberano era nula e sem obrigação aos súditos.

Desta forma, na Idade Média já era possível definir o direito de resistência, segundo o qual a obediência estava condicionada a legitimidade da ordem. Conforme Maria Garcia:

De uma forma ou de outra, conclui, durante a Idade Média era admissível e comum a resistência ao soberano quando este se tornava réu tirano. A Idade Média reconhecera sempre que o dever de obediência dependia da legitimidade da ordem dada e o direito de resistência, ainda que pelas armas, considerando-se meros atos de violência quaisquer injunções através da força. (2004, p. 159)

Com a Reforma Protestante, o direito de resistência sofre um declínio, pois se passa a fazer a distinção entre a resistência a dois poderes, o temporal e o espiritual. Para Lutero a rebelião constituía uma injúria a Deus; e o dever de obediência era absoluto. John Locke, ainda no séc. XVII, com a teoria do pacto social com a divisão da sociedade política em governantes e governados, sendo que os cidadãos apenas se obrigavam ao governo enquanto não houvesse abusos nas prerrogativas de cada qual (GARCIA, 2004).

Com esta concepção, o direito de resistência passa a ser um instrumento para o aperfeiçoamento do Estado, assumindo a forma de um requisito de cidadania. Com o contrato social, o povo como soberano, continuava com o poder, apenas delegando o seu exercício, o qual deve ser praticado de forma coerente aos anseios daquele.

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia crítica: diálogos interdisciplinares".

A partir do séc. XVIII, menciona Maria Garcia (2004, p. 162) que os juristas que abordaram a questão e reconheceram como legítimo o direito de resistência à opressão foram: Savigny e Bluntschli (favoráveis a revolução para substituir o governo que não atenda ao espírito nacional); Ihering (para o qual a força deve sacrificar o direito e salvar a existência da nação); Benjamim Constant (se a Constituição é violada não há mais governo e para mantê-la deve usar a força), e, por fim, Vareilles Sommières: a resistência é a legítima defesa.

Depreende-se, então, que o direito de resistência possui raízes históricas e em diversos momentos se materializa como a reação popular à opressão ou ineficácia do governo, buscando a manutenção da própria nação.

## **2. Definição Constitucional do Direito de Resistência**

Conforme Maria Garcia (2004, p. 166), os textos constitucionais contemporâneos não demonstram o acolhimento do denominado direito de resistência. Explica que a própria Constituição Brasileira, no seu artigo 5º, inciso XXXXIII, ao mencionar o direito de receber informações dos órgãos públicos em prol da “segurança da sociedade e do Estado”, enseja uma manipulação interpretativa.

Justifica a autora acima mencionada, que as Constituições contemporâneas, embora as mais democráticas, não reconhecem de forma expressa o direito de resistência, isto porque há a dificuldade de admitir a opressão num regime de “governo do povo pelo povo”, ou seja, num regime democrático.

Ora, se o povo delega o exercício do poder pelo Estado, tanto que é expressa a norma de que *“Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”* – art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, não haveria justificativa a uma resistência ao governo próprio do povo.

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia crítica: diálogos interdisciplinares".

Em suas palavras, “do ponto de vista constitucional, a opressão torna-se inconcebível porquanto, em virtude de sucessivas delegações de competência, o Poder se funda, afinal, na vontade unânime do povo.”

“Daí por que as Constituições das chamadas democracias populares, finaliza Burdeau – não fazem sequer uma referência, indireta que seja ao denominado direito de resistência à opressão” (GARCIA, 2004, p. 168).

Contudo, tem-se admitido que os cidadãos possuam um direito de resistência para a defesa de suas liberdades, ou seja, em relação aos atos ilegítimos desde que violam as mesmas liberdades. Neste sentido, a resistência, pois, não se constitui um direito em si, mas um momento do exercício de outro direito o de liberdade.

Se o Estado não é capaz de cumprir com a função que lhe foi atribuída, pelo direito de resistência é possível uma reação às injustiças causadas pela sua inatividade para a promoção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Tem-se também que o direito de resistência retrata as disfunções do Estado na efetivação dos direitos. Com o fim de resolver situações consideradas “injustas”, é admitido pela dogmática jurídica, sendo possível o seu exercício se for expressão de uma ação organizada com o intuito de obter valores sociais relevantes existentes e legitimados no texto constitucional.

Se há uma Lei Maior que confere diversos direitos e garantias aos cidadãos, que deverão ser promovidos por seus representantes, quando estes não exercem do modo esperado, violando a própria legitimidade concedida, é ponderável que exista um meio de defesa coletiva.

Nesse contexto, importante destacar que Canotilho (1999, p. 478) considera o direito de resistência como um dos meios de defesa não Jurisdicionais, senão vejamos:

O direito de resistência é a *ultima ratio* do cidadão ofendido nos seus direitos, liberdades e garantias, por actos do poder público ou por acções de entidades

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia critica: diálogos interdisciplinares".

privadas. Pela redação do artigo 21º deduz-se que não está aqui em causa o *direito de resistência coletivo* (direito político) contra formas de governo ou regimes carecidos de legitimidade, embora este direito seja também reconhecido pela Constituição na qualidade de *direito dos povos contra a opressão* (cfr. CRP, artigo 7º/3).

O Direito de resistência vem consagrado no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, *in verbis*:

Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948:

Preâmbulo

(...)

Considerando **essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,**

(...). (g.n.)

Desta forma, ainda que pouco enfático, o direito de resistência pode ser considerado com amparo constitucional, já que advém do regime democrático a possibilidade dos cidadãos lutarem contra a opressão do Estado.

O direito de resistência materializa-se pela indignação a preceitos constitucionais opostos a concepção popular de justiça, a distorção dos poderes atribuídos aos governantes, da necessidade de uma nova ordem jurídica compatível tanto com a consciência como a necessidade popular.

Assim, não se pode inadmitir uma forma de o próprio legitimador do poder estatal reagir contra a ineficácia, omissão ou opressão do Estado, visto que se deve voltar a proteção e promoção do que lhe é atribuído.

### **3. O Legítimo Direito de Resistência e seus requisitos**

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia crítica: diálogos interdisciplinares".

Conforme Maria Helena Diniz (2008, p. 168), o direito de resistência é aquele “reconhecido aos cidadãos, em certas condições, de recusa à obediência e de oposição às normas injustas, à opressão e à revolução”. Se ninguém é obrigado a cumprir ordem manifestamente ilegal, de forma revê é dever lutar contra as ilegalidades que ferem os direitos do povo.

Mencionado direito se configura com a repulsa a preceitos constitucionais incompatíveis com a justiça. Contudo, para que seja legítimo é necessário que “a ordem que o poder pretende impor seja falsa, divorciada do conceito ou ideia de direito imperante na comunidade” (DINIZ, 2008, p. 168).

Além disso, outros requisitos são imprescindíveis para que se tenha o direito de resistência. Deve ser “uma proteção à ordem jurídica que se fundamenta na ideia de um bem a realizar”. E, ainda, a opressão deve ser manifesta, intolerável e irremediável para seja legítimo (DINIZ, 2008, p. 168).

Verifica-se que a classificação do direito de resistência se pauta em princípios de ordem constitucional, sendo uma consequência lógica da sociedade de massas, que exige uma postura condizente com os interesses da vida humana.

O direito de resistência não pode ser considerado como um ataque à autoridade ou ao governo, mas volta-se à proteção da ordem jurídica e na busca de um bem comum. O exercício do direito de resistência expressa a existência de um opressão manifesta e a necessidade da reação popular na busca pelo cumprimento de normas que atendam aos anseios sociais.

Assim, o exercício do direito de resistência apenas será legítimo quando estiverem presentes os requisitos da realização de um bem diante de uma expressa opressão, que não pode ser admitida.

#### **4. A Desobediência Civil: conceito e fundamentos**

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia crítica: diálogos interdisciplinares".

Inicialmente, cumpre esclarecer que a expressão “desobediência civil” carrega uma indefinição pela própria amplitude de significados decorrentes, o que dificulta a exata conceituação.

Esta complexidade traz reflexo na prática quando da diferenciação da desobediência civil com o não cumprimento da lei e, ainda, com outras atitudes, seja de destruição ou de violência.

Por conta disto, os juristas a definem com base em critérios voltados a demonstrar as suas reais finalidades, tais como a publicidade das injustiças legais e a mudança do ordenamento jurídico.

A Desobediência civil - na conceituação de Norberto Bobbio (2008, p. 335) – “é uma forma particular de desobediência, na medida em que é executada com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça da lei e com o fim mediato de induzir o legislador a mudá-la.” E, ainda: “É um ato que tem em mira, em última instância, mudar o ordenamento, sendo, no final das contas, mais um ato inovador do que destruidor.”

Diferencia-se da desobediência comum, uma vez que tende a ganhar o máximo de publicidade, ou seja, se expõe ao público por que somente assim pode tentar alcançar suas finalidades, uma conseqüente busca de notoriedade publicista que visa demonstrar ao todo o direito que a todos pertence. Já a desobediência comum não tem este intuito de publicidade, visto que o transgressor comum, para atingir suas metas, precisa realizar sua ação no máximo segredo.

John Rawls (1981, p. 273) conceitua a Desobediência civil como sendo ato público, não violento, consciente e, apesar disto, político, contrário à lei, geralmente praticado com o intuito de promover modificação na lei ou práticas do governo fundado em uma teoria de resistência justa e no ideal de justiça oriundo de consenso, no qual não há dominação e, sim,

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia critica: diálogos interdisciplinares".

respeito mútuo aos integrantes do todo. A questão toca no senso de justiça da maioria da comunidade.

Desta forma, tem-se que a desobediência civil deve ser manifestada sem violência e destinada a um fim precípuo, ou seja, esta prática busca um ideal e a realização de um bem comum.

A desobediência civil seria uma espécie de concretização do direito de participação do indivíduo na vida do Estado, desde que tal mecanismo não anule a relação de subordinação deste indivíduo às normas estatais (estado passivo).

De acordo com Bobbio (2008, p. 335) “se é verdade que o legislador tem direito à obediência, também é verdade que o cidadão tem o direito de ser governado com sabedoria em com leis estabelecidas” .

Conforme Thoreau (2001, p. 10), “(...) um governo no qual a maioria decida em todos os casos não pode se basear na justiça, nem mesmo na justiça tal qual os homens a entendem.” E, ainda, “A lei jamais tornou os homens mais justos, e, por meio de seu respeito por ela, mesmo os mais bem –intencionados transformam-se diariamente em agentes da injustiça.”

Nesta visão, a conduta dos transgressores é a alegria dos juristas, pois prova que a desobediência à lei, ao menos aparentemente, apenas é justificada se esses estiverem dispostos a aceitar a punição pelo ato praticado, conforme explica Arendt (2010, p. 52).

Extrai-se, ainda, que a desobediência civil é ato político, já que é dirigida à maioria, que detém o poder político e também é ato guiado e justificado por princípios políticos (princípios de justiça). Todavia, a desobediência civil não pode apoiar-se unicamente em grupos ou no interesse próprio.

Essa deve se apoiar na justiça, que serve de embasamento à ordem política. Pressupõe haver, um regime democrático razoavelmente justo, uma concepção pública de

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia critica: diálogos interdisciplinares".

justiça que sirva de referência à regulamentação pelos cidadãos, de seus assuntos políticos e para a interpretação da Constituição.

A violação, repetida e deliberada dos princípios fundamentais desta concepção durante um período extenso, especialmente a violação das liberdades fundamentais, convidam à submissão ou à resistência. Por engajar-se em desobediência civil, essa minoria obriga a maioria a decidir se prefere reconhecer as exigências legítimas da minoria para que a dissidência cesse e a tranquilidade volte a reinar.

Por fim, nas lições de Maria Garcia (2004, p. 10), “a desobediência civil, direito fundamental, constitui-se em direito subjetivo público e consiste em medidas ou técnicas de proteção das prerrogativas da cidadania.” Decorre das possibilidades estabelecidas pelo § 2º do art. 5º da Constituição Federal, compreendido entre os direitos fundamentais, decorrente do princípio da cidadania, ligando-se aos princípios da proporcionalidade e da solidariedade, que viabilizam manifestações contra atos que ofendem esses princípios, atingido de forma direta os cidadãos.

## **5. Análise da possibilidade do Direito de Resistência e da Desobediência Civil no Âmbito do Direito Processual Penal**

Da análise já exposta, tem-se que tanto a resistência quanto a desobediência civil são espécies de atos de protesto do homem frente a uma ordem jurídica injusta. Nesse contexto, questiona-se a possibilidade do exercício da desobediência civil por meio de decisões judiciais, no âmbito processual penal, que ‘descumprem’ preceitos legais a fim de promover a justiça.

Não é incomum a discussão em torno da real adequação dos instrumentos processuais penais frente à realidade desumana do sistema carcerário e a ineficácia de

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia crítica: diálogos interdisciplinares".

instrumentos que têm por justificativa a proteção do processado de modo a reintegrá-lo no convívio social.

A intolerância ao desrespeito e descaso do Estado para com o apenado é tema de noticiários diariamente e tema de discussão nacional. São surpreendentes as notícias que revelam situações deprecantes e totalmente contrárias ao que preceituam as normas constitucionais, de milhares de condenados, que cumprem a pena definitiva ou prisão provisória em condições desumanas, sem qualquer respeito a sua integridade, sequer a sua própria essência humana, desacreditando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por conta deste cenário, depara-se com decisões judiciais que requerem uma atitude e uma resposta estatal. Como exemplo, cita-se o seguinte julgamento:

Roubo majorado. Condenação: mantida ante a solidez probatória. Atenuante: pode deixar a pena aquém do mínimo (o artigo 65, Código Penal, fala em sempre, e sempre é sempre, pena de sempre não o ser. Majorante do uso de arma: excluída por inexistência de prova da potencialidade ofensiva do aparato. **Recolhimento prisional: o condenado somente será recolhido a estabelecimento prisional que atenda rigorosamente aos requisitos impostos pela legalidade – Lei de Execução Penal. Legalidade: não se admite, no Estado Democrático de Direito, o cumprimento da lei apenas no momento em que prejudique o cidadão, sonogando-a quando lhe beneficie. Missão judicial: fazer cumprir, apesar de algum ranger de dentes, os direitos da pessoa – seja quem for, seja qual o crime cometido.**

À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo para reduzir a pena do acusado. Por maioria, determinaram que o apenado cumpra pena em domicílio enquanto não houver estabelecimento que atenda aos requisitos da LEP, vencido o Relator, que determinava a suspensão da expedição do mandado de prisão enquanto não houver estabelecimento que atenda a tais requisitos. (Apelação Crime nº 70029175668, Quinta Câmara Criminal, Comarca de Porto Alegre, Abril de 2009, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho)

Verifica-se que no mencionado julgamento não foi determinado ao réu o recolhimento em estabelecimento prisional, conforme determina a lei. Justificou o relator que o próprio pacto constitucional determina como garantia fundamental a proibição de penas cruéis (art. 5, XLVII, “e”); que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia crítica: diálogos interdisciplinares".

acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (XLVIII); que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (XLIX); e que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano e degradante” (III), explanando o princípio da humanidade das penas.

Desta forma, de acordo com o relator, o Estado deve punir aquele que agride a lei penal, contudo, deve cumprir rigorosamente com as normas estabelecidas para o cumprimento das penas que ele impõe. A legalidade consiste na determinação da prisão contra o cidadão, porém deve haver a proteção deste.

O próprio conceito de cidadão, o qual consiste na consciência de que este é sujeito de direitos (à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, v.g), mas também de obrigações para que a vida em sociedade possa ser de forma harmoniosa (DINIZ, 2008, p. 652), emite a ideia de que este deve responder pelo desrespeito aos seus deveres, mas, em contrapartida, o Estado deve o tratar como pessoa, respeitando seus direitos e garantias fundamentais. É nisto que consiste o vínculo político que também justifica a existência de um Estado Democrático de Direito.

O relator continua esclarecendo que há uma “verdadeira autofagia sistêmica: com base na lei se condenam pessoas a pena de prisão (para prejudicar), mas no momento em que se deve beneficiá-las (condições prisionais), nega-se a legalidade. Algo intolerável, beirando a hipocrisia.”

Continua mencionando que todos sabem que o Estado é violador dos direitos da população carcerária e conhecem as condições prisionais, porém se confirma o sofrimento gótico que alcança os apenados, estando na hora de um basta, de cumprir integralmente a legalidade (não apenas naquilo que prejudica o cidadão). Contesta o argumento de que o Estado não tem condições econômicas de executar as penas de acordo com a lei, eis que há, sim, possibilidade financeira, sendo uma questão de prioridade.

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia critica: diálogos interdisciplinares".

Discute o conflito entre os direitos da sociedade e direitos dos condenados, esclarecendo que jamais é um conflito, como muitos afirmam, pois só se preservam os direitos do todo se se preservarem os direitos do um – todo é composto da soma de todos os “um”. Que o juiz é também responsável pela vida prisional, ou seja, pelo cumprimento das penas de acordo com a lei.

Salienta que a Suprema Corte aponta para solução inovadora ao permitir que condenados em regime aberto, em locais onde casa do albergado não cumpra condições de higiene suficientes e estão superlotadas, sem separação de condenados em regime semi-aberto (legalidade que se impõe), cumpram pena em regime domiciliar (HC 95332/RS, de 03.03.2009).

Porém, traz uma inovação ao concluir que o condenado somente irá a presídio se e quando for preservada a vida prisional de acordo com a lei. Enquanto isso não for providenciado, o mandado de prisão ficará suspenso e correndo a prescrição.

Como base no voto referido, é que se questiona a possibilidade do direito de resistência e o direito de desobediência no processo penal. Como uma possível resposta, temos que se a resistência que não vem pela forma democrática, qual seja a mudança de política criminal, poderia ensejar uma resistência legítima.

A partir do momento que há uma nítida opressão aos direitos humanos daquele que sofre com a imposição do poder punitivo do Estado, percebe-se o desregramento prático das normas de execução penal, que destoam do garantismo tão inculcado na Constituição Federal.

Conforme Salo de Carvalho: “Mais que um ‘direito’, a resistência à opressão é um mecanismo tipicamente garantista, pois sua natureza reflete instrumentalidade à satisfação dos direitos humanos individuais, sociais e/ou transindividuais”. (CARVALHO, 2003, p. 243).

Por fim, conforme bem pondera Salo apud Carvalho (2003, p. 241):

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia crítica: diálogos interdisciplinares".

Enquanto a dogmática jurídica não potencializar instrumentos para obrigar o Estado ao cumprimento de seu dever em sede de execução penal (v.g. ação civil pública), a única alternativa admissível para o resgate dos direitos dos apenados é a inclusão do direito de resistência entre as causas supralegais de exclusão do delito, assim como já consagrados princípios da insignificância, adequação social, consentimento do ofendido e inexigibilidade de conduta diversa. 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).

Assim sendo, ainda que a decisão referida não tenha o condão de modificar toda a ordem jurídica, configurando o direito de resistência propriamente dito, tem-se que a forma de ‘desobediência’ a imposição de um cumprimento de pena que certamente irá contra diversas disposições constitucionais, ferindo sobremaneira a dignidade humana do apenado, é o início de uma possível forma de resistir e reivindicar a obediência do mínimo respaldado constitucionalmente.

Não se pode admitir uma postura oclusa do Judiciário quanto ao descumprimento de normas basilares e tão enfáticas para a proteção do cidadão. Admitir a exigência e o cumprimento das obrigações apenas por parte do cidadão, deixando de observar a função do Estado nestas hipóteses, revela a disparidade do contrato social firmado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por todo exposto, não é equivocado concluir, as vistas da atual situação do sistema carcerário e mesmo do sistema jurídico processual, cujo pressuposto é a garantia dos direitos da pessoa acusada, que vem ocorrendo à transformação destes em espada sobre os direitos elementares do processado.

Estes sistemas ferem direitos e garantias fundamentais quando deliberadamente descumprem normas de forma explícita e reconhecida, como é o caso do mencionado

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia critica: diálogos interdisciplinares".

acórdão, destinando ao Estado como mensagem de incompetência que somente pode ser enfrentada por meios de resistência, uma vez que a norma per si não permite que o bem comum seja efetivado por inconcebível razão de impossibilidade do estado cumprir ou fazer cumprir os direitos que, em suma, representam o referido Estado Democrático de Direito.

Desta feita, é possível visualizar tal direito de resistência e até mesmo a desobediência civil a fim de evitar a patente opressão a diversos direitos do processado e condenado criminalmente, ou seja, como instrumentos de defesa social, aplicados em casos extremos.

Importante, pois, salientar que a mudança do servo para o cidadão se dá na relação de direitos assegurados pela positividade, e ainda que não o fosse, não poderíamos denominar de excludentes por estarem no valor fonte da pessoa humana que é a dignidade, núcleo intangível e naturalmente permite o exercício quando da existência de normas injustas e opressivas.

Não se pode admitir tamanha, ou melhor, qualquer discrepância entre os deveres e direitos, principalmente, na seara da execução do processo penal. Na esteira do mencionado acórdão, não se pode condenar alguém com base em uma lei que pode ser aplicada, mas não pode ser cumprida quando se destina a proteção legalmente prevista da pessoa humana.

Sabe-se que a violação a direitos fundamentais é uma constante no sistema carcerário, o que clama por uma medida a fim de fazer cessar as ilegalidades quando do cumprimento da pena.

Observa-se uma plácida conveniência ou mesmo naturalização da constante infração do Estado para com seus cidadãos, o que não afasta a percepção de direito, que tem por escopo não a pessoa do acusado, condenado, mas a coletividade a que se destinam as garantias, lembrando que não assegurado a todos não se assegura a nenhum e, por vezes, cada um é sujeito desta natural afronta, mas a norma geral não pertence a cada um senão a todos em cada um.

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia critica: diálogos interdisciplinares".

Adotou-se um regime democrático e da própria interpretação da Constituição Federal deve decorrer a interpretação que traga a aplicação da justiça. Os vários anos de opressão aos apenados causa revolta e demonstra que os direitos a estes garantidos estão longe de serem respeitados na prática, o que causa revolta não apenas aos próprios, mas aos juristas que tem a importante missão de propiciar o justo.

A decisão do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho transparecesse à indignação e a necessidade de se fazer algo mais em prol do respeito aos direitos, liberdades e garantia de milhares de pessoas, ainda que seja por meio da *ultima ratio* do cidadão, ora o direito de resistência ou desobediência civil.

Ainda que o caráter propriamente do direito de resistência seja de alterar a ordem jurídica, não se pode olvidar que a decisão referida é um precedente ou o início de uma forma de ‘desobediência’ a opressão certa do Estado quando do cumprimento de pena pelo condenado, com a violação de diversas garantias constitucionais e desrespeito a inúmeros direitos.

O fato de um cidadão ser condenado criminalmente a cumprir pena não retira a legalidade em que deve ser executada a sanção, cabendo ao Estado à proteção do apenado durante a execução da pena, e ainda, com a obrigação de promover a ressocialização para o retorno à vida social.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *Crises da República*. Tradução: José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2010.

BOBBIO, Norberto; M ATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Narrialeetaial; Coord. Trad. João Ferreira; rev. Geral João Ferreira

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia critica: diálogos interdisciplinares".

e Luíz Guerreiro Pinto Cacaís, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 12ª ed., 2008, vol. 01.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª edição, Editora Almedina, 1999

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2ª edição ampl., Editora Lumen Juris.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 3ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva.

GARCIA, Maria. **Desobediência Civil: direito fundamental**. 2 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. trad. de Vamireh Chacon. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981.

THOREAU, Henry David. *A Desobediência Civil*. Tradução de Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 2011.

---

\* Lisandra Moreira Martins. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP; Bolsista Capes; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP; Especialista em Direito Processual; Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; Coordenadora do Grupo de Pesquisa intitulado “A Reincidência Penal à luz do Processo Penal Constitucional”.

\*\* Isael José Santana. Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP em filosofia do direito. Professor dos cursos de Direito, Ciências Sociais e das especializações em Educação e em Direitos humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -UEMS. Coordenador do Grupo de Pesquisa intitulado "Criminologia crítica: diálogos interdisciplinares".