XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

FELIX ARAUJO NETO

RENATA ALMEIDA DA COSTA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C929
Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felix Araujo Neto, Renata Almeida Da Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-292-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Criminologias. 3. Política Criminal. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

Em dezembro de 2016 foi realizado em Curitiba, capital do estado do Paraná, o XXV Congresso do CONPEDI. Envoltos pela temática "CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito", os quase dois mil participantes submeteram seus trabalhos para mais de cinquenta grupos especializados. Dentre esses, a linha da Criminologia e da Política Criminal recebeu farta contribuição e, por isso, três foram os grupos de trabalho com essa denominação.

A nós, orgulhosamente, coube a tarefa de recepcionar textos e participantes; conduzir a apresentação dos trabalhos na tarde úmida do dia 09/12/16 e, ao final, resumir neste formato de apresentação a riqueza do que se está a produzir cientificamente em estudos de pós-graduação no Brasil.

Assim, na sala destinada ao GT intitulado "Criminologias e Política Criminal II", foram apresentados e debatidos dezenove trabalhos. Nenhuma ausência ou abstenção se fez. E, em que pese a temática do desenvolvimento sustentável, foi a "cidadania" e "o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito" os tópicos marcantes do grupo.

Afinal, como se percebe, lugar especial têm encontrado as discussões sobre gênero na área da Criminologia - três foram os artigos sobre o assunto – e, dos dezenove trabalhos submetidos ao grupo, quinze tiveram mulheres como autoras ou coautoras. Ao mesmo tempo, deu-se destaque à gestão do poder e ilícitos do "colarinho branco" ou os crimes praticados contra a administração pública também têm ocupado as atenções de nossos pesquisadores.

De qualquer sorte, o tônus questionador e a abordagem crítica sobre a produção e a aplicação do Direito Penal em território nacional estiveram presentes em todos os debates e fazem-se notar nos artigos que aqui são veiculados. Nesse sentido, são os trabalhos "(In) admissibilidade de provas ilícitas no processo penal: um estudo sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade", de Dalvaney Aparecida de Araújo e Junio Cesar Doroteu; "A invisibilidade social dos adolescentes brasileiros e sua infuência na criminalidade", de Liziane da Silva Rodriguez e Gabriela Ferreira Dutra; "A criminologia crítica, o direito penal mínimo e a Lei 11.343/2006 em uma visão atual e garantista", de Vladia Maria de Moura Soares e de Rodrigo Antunes Ricci; "Uma guerra contra a corrupção: da Lava Jato às dez medidas contra a corrupção do Ministério Público Federal", de Taina Ferreira e Ferreira;

“Perdoados por uso e tráfico de entorpecentes – primeiras reflexões sobre a utilização da remissão no Juizado da Infância e Juventude de Recife/PE”, de Vitória Caetano Dreyer Dinu; “Reflexos da política criminal punitiva e encarceradora brasileira: um estudo da vergonhosa situação dos presidiários e do enorme custo social e econômico do encarceramento.”, de Clayton Moreira de Castro; “Política criminal de drogas: o papel da Defensoria Pública e a seletividade penal”, de, de Paulo Thiago Fernandes Dias e de Sara Alacoque Guerra; “Sociedade estamental: o crime e os donos do poder”, de Patricia Manente Melhem e de Rudy Heitor Rosas; “Feminismo e criminologia crítica: uma interseção necessária”, de Twig Santos Lopes; “Gênero e pensamento criminológico: perspectivas a partir de uma epistemologia feminista”, de Cassius Guimaraes Chai e de Kennya Regyna Mesquita Passos; “Vitimização ambiental: processo de visibilização e consolidação de uma epistemologia emergente”; de Mariangela Matarazzo Fanfa Colognese e de Karla Cristine Reginato; "Autos de resistência" como instrumento legitimador da política de extermínio do ´inimigo´”, de Larissa Leilane Fontes de Lima e de Igor Frederico Fontes de Lima; “A cultura da punição nos sistemas penais Brasil Argentino: considerações sobre o instituto penal da reincidência”, de Tiago Dias de Meira; “Neurodeterminismo: o neolombrosinismo científico e o perigo de um direito penal autoritário”, de Ercolis Filipe Alves Santos e de Daniela Carvalho Almeida da Costa; “Feminicídio pra quê? Uma análise dogmática e político-criminal da nova qualificadora do homicídio introduzida pela Lei 13.104/2015”, de Gisele Mendes De Carvalho e Gerson Faustino Rosa; “Ausência de eficácia dos direitos fundamentais no sistema penal e prisional brasileiro: do estado de coisas inconstitucional ao estado de desobediência civil”, de Gustavo Nascimento Tavares e de Ruan Carlos Pereira Costa; “Criminalidade e responsabilização do adolescente: uma análise sobre as medidas socioeducativas e sua execução em São Luís – MA”, de Themis Alexsandra Santos Bezerra Buna; “É possível operar no direito penal sem mobilizar uma teoria do valor ou do capital humano? O enfrentamento crítico criminológico”, de Yuri Ygor Serra Teixeira; “O capitalismo do espetáculo e o processo de desregulamentação: anomia constitucional e o mal estar do sistema penal”, de Francis Rafael Mousquer e de José Francisco Dias Da Costa Lyra.

A metodologia empírica – tão caracterizadora da Criminologia como ciência – também se fez marcar em alguns dos trabalhos e, publicamente, foi elogiada e destacada. Cremos ser este, também, o caminho para a produção do conhecimento, especialmente quando dados novos são trazidos à luz, revelando realidades locais e estratégias de controle punitivos globais.

Fazemos votos de que os textos aqui apresentados sejam lidos, assimilados e criticados. Mais do que isso. Que os artigos contribuam para novas pesquisas e para o verdadeiro desenvolvimento do papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito em nosso país. Boa leitura!

Prof. Dr. Felix Araújo Neto - UEPB

Profa. Dra. Renata Almeida da Costa - UNILASALLE

AUSÊNCIA DE EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA PENAL E PRISIONAL BRASILEIRO: DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AO ESTADO DE DESOBEDIÊNCIA CIVIL

NO EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN CRIMINAL SYSTEM AND BRAZILIAN PRISON : THE STATE OF THE THINGS UNCONSTITUTIONAL TO CIVIL DISOBEDIENCE STATE

Gustavo Nascimento Tavares [1]
Ruan Carlos Pereira Costa [2]

Resumo

O presente artigo propõe discutir os fundamentos que justifiquem o uso do instituto da desobediência civil dentro do sistema prisional brasileiro, como instrumento de exercício da cidadania diante da omissão constitucional do Estado em promover efetividade aos direitos fundamentais. Por meio do método indutivo, o trabalho visa apresentar os fatores que deram causa a um direito penal segregador, culminando em um litígio estrutural no sistema penitenciário. No Brasil, o exercício da cidadania é um direito fundamental, que diante de uma grave omissão constitucional permite a desobediência civil como forma de defesa da pessoa humana contra o Estado.

Palavras-chave: Desobediência civil, Direitos fundamentais, Estado de coisas inconstitucional

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to discuss the reasons to justify the use of civil disobedience institute within the Brazilian prison system , as exercise of citizenship instrument before the constitutional state 's failure to promote effectiveness of fundamental rights. Through the inductive method , the paper presents the factors that gave rise to a segregating criminal law , culminating in a structural litigation in the prison system . In Brazil , the exercise of citizenship is a fundamental right , which face a severe constitutional omission allows civil disobedience as a form of defense of the individual against the state.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil disobedience, Fundamental rights, Unconstitutional state of things

---

[1] Bacharel em Direito (2011-2015) pela UFU e Mestrando em Direito Público pela Unversidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós Graduação em Direito turma 2016-2018.

[2] Bacharel em Direito (2011-2015) pela UFU e Mestrando em Direito Público pela Unversidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós Graduação em Direito turma 2016-2018.

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa se dá sob o enfoque da teoria dos direitos fundamentais e como o direito penal brasileiro se afastou desta evolução constitucional normativa, ocasionando um direito penal que exclui e criminaliza um parcela vulnerável da sociedade, criando uma violação constitucional que recentemente foi reconhecido pelo Poder Judiciário. A área de concentração da pesquisa é a criminologia voltada ao uso da violência no exercício punitivo do Estado, dentro da teoria dos direitos fundamentais.

O tema delimita-se a propor a discussão de aplicação da desobediência civil dentro do sistema prisional brasileiro a partir da realidade de litígio estrutural vivida pelas instituições penais. A hipótese da pesquisa é: A desobediência civil pode ser instrumento de exercício da cidadania, nos moldes do Estado Constitucional e utilizada como um fator alternativo de correção do direito penal brasileiro. O objetivo deste artigo é analisar a possibilidade da desobediência civil ser um meio de exercício da cidadania nas questões envolvendo as políticas públicas de segurança e de encarceramento que desenvolveram no país um sistema penal e carcerário que exclui da proteção dos direitos fundamentais uma parcela da sociedade que deveria ser tratada como vulnerável e merecedora de formas de proteção social.

Os objetivos específicos são: (i) apresentar uma conjuntura histórica do direito penal brasileiro e da segurança pública paralelo a evolução constitucional do Estado, que tornou este ramo do direito um elemento segregador e marginalizador da sociedade se distanciando do que o direito moderno se propõe, ser um direito inclusivo, humanista e que promova a equidade dos direitos fundamentais; (ii) apresentar o caso concreto da ADPF nº 347 (BRASIL - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347, 2015), que julgou o sistema prisional brasileiro como sendo um estado de coisas inconstitucional. Fazer uma análise crítica do caso concreto, traçar apontamentos do instituto, comentar sua aplicabilidade e suas consequências; (iii) Apresentar a evolução do conceito de desobediência civil em vários autores e por fim defender sua aplicabilidade no direito brasileiro como instrumento de exercício da cidadania.

O marco teórico será distribuído entre Machado (2013), Alexy, (2002) e Garcia, (1994) cada um na sua contribuição para justiça criminal, teoria dos direitos fundamentais e desobediência civil. A função social da pesquisa consiste em erguer a discussão sobre a desobediência civil no direito brasileiro em questões envolvendo a ausência dos direitos fundamentais dentro do direito penal, especificamente o sistema prisional. Tal discussão visa

aprimorar o Estado Democrático de Direito, criando mecanismos que garantam a prestação dos deveres fundamentais do Estado perante a sociedade.

A metodologia de abordagem será indutiva. Partindo da conjuntura de fatores históricos, sociais e jurídicos que afastam o direito penal dos direitos fundamentais, inclusive com o reconhecimento formal do próprio Poder Judiciário, o trabalho pretende demonstrar que a desobediência civil pode ser usada como instrumento de exercício da cidadania dentro do sistema carcerário brasileiro. A pesquisa será dogmática jurídica, por meio da interpretação argumentativa das fontes teóricas e julgados do Supremo Tribunal Federal (STF).

O trabalho justifica-se pois, a partir do litígio estrutural julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), e adotando os estudos sobre criminologia e políticas públicas, o trabalho visa apontar caminhos de ação sob a ótica do indivíduo contra o Estado, pois este, em seu uso do monopólio da violência, transforma a privação temporária da liberdade em violação à valores e direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

2. DESCONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA PENAL E PRISIONAL: A CRIMINOLOGIA SEGREGADORA NO BRASIL SOB ASPECTOS HISTÓRICOS, SOCIAIS E JURÍDICOS

Os direitos fundamentais são uma etapa do desenvolvimento das relações sociais humanas. Os conceitos e valores fundamentais de liberdade e igualdade se tornaram o epicentro do direito, principalmente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, mas para se chegar a este nível de importância, os direitos humanos passaram por um longo processo de evolução histórica, jurídica, e social (SARLET, 2010). A forma e a importância dos direitos humanos variaram no tempo, mas em todos os ramos do direito houve influência destes valores de maneira que o cenário atual se configura pela supremacia dos direitos humanos em todas as áreas jurídicas (WOLKMER, 2008).

Um dos fatores que contribuíram para este quadro decorre do processo de constitucionalização dos países da América Latina, os modelos constitucionais utilizados nos países latino americanos foram importados dos modelos europeus, neste continente e no restante do mundo, houve uma período de transição entre o Estado moderno para o Estado constitucional, essa transição é representada pelo Estado Social, fenômeno caracterizado pela efetivação de diversos direitos sociais, tais direitos minimizaram as desigualdades sociais e alavancaram a qualidade de vida da população.

Os países da América Latina não viveram plenamente o Estado Social, tal ausência gerou um vácuo de direitos que o constitucionalismo tornou ainda mais evidente de forma que as cartas de direitos fundamentais nestes países ficaram com um grande encargo social de corrigir uma desigualdade, que desequilibra a efetividade dos direitos fundamentais.

A desigualdade criou um abismo social polarizando a violência. Em locais onde o Estado se fazia ausente era gritante o aumento da criminalidade, tais fatores criaram uma falsa ideia de que a pobreza seria a causa da violência (PASTANA, 2003). Não houve uma razoabilidade entre, a atuação estatal no combate a criminalidade, e a sua atuação na redução das desigualdades, bem como na garantia de que os direitos chegassem a todos de forma equitativa e efetiva.

Diante deste quadro de violência, desigualdade e crescimento da criminalidade, houve um significativo aumento do encarceramento em diversos países democráticos no mundo, tal fenômeno teve reflexos no Brasil (GARLAND, 2008). Dentre os fatores que ocasionaram este aumento tem destaque o declínio do ideal de reabilitação, que deu lugar, exclusivamente, a preocupação em aplicar penas retributivas, neutralizantes e que atuassem como um gerenciador dos riscos sociais, promovendo um isolamento que agravou as desigualdades geradas pela ausência do Estado Social, contribuindo para que a população carcerária brasileira, em sua grande parte. fosse uma massa de excluídos inseridos em um sistema voltado para puni-los (FOUCAULT, 2000).

O Brasil é uma democracia jovem, recém conquistada após longos períodos de ditaduras e regimes autoritários, no qual a força do Estado estava na manutenção da ordem por meio da opressão e das formas arbitrárias de controle. O direito penal e processual penal é regido por leis datadas da década de 1940, e forma confeccionados no período da ditadura varguista, (1937 à 1945), na mesma linha, a reforma penal de 1984, a lei de execução penal, também de 1984, e os códigos penais e processuais militares foram inseridas no ordenamento no período da ditadura militar (1964 à 1985).

Além da legislação penal vigente, os regimes autoritários deixaram de herança uma política autoritária de caráter repressivo alterando apenas as vítimas da repressão estatal, onde antes era os cidadãos contrários ao sistema político, após a redemocratização política, o alvo de forte repressão estatal se tornou a população de baixa renda. O Estado caminhou no sentido de adotar uma política pública criminal que priorizava a cultura do medo e da violência como formas de controle (PASTANA, 2009).

A cultura do medo pode ser entendida como uma propagação de ideias de insegurança e a criação de um medo constante na sociedade, tal sentimento causa um

isolamento e uma divisão social na qual a desigualdade é mais acentuada como forma de garantir proteção e segurança às classes mais favorecidas economicamente. A cultura do medo tornou-se uma justificativa para a violência do Estado, tal conjuntura levou a resposta de que a política de controle do crime é efetiva quando aprisiona em grande quantidade, e que o Estado é apenas um instrumento de violência e vingança da sociedade, o conceito de justiça se tornou próximo ao conceito de catarse e vingança social justificada (PASTANA, 2003).

A Justiça criminal foi se distanciando dos mecanismos de supremacia dos direitos fundamentais, devido, em partes, a militarização das forças de segurança, o passado de repressão estatal pela uso da violência, o Estado por meio da cultura do medo consegue legitimar o uso da violência de forma desproporcional, sob a justificativa de promover segurança a qualquer custo, elegendo uma classe social como inimiga e outra como vítima (PINHEIRO, 1997). Esse monopólio do uso da força se tornou instrumento do Estado para garantir segurança, o controle da violência se dá pela violência do controle, como se esta fosse a única forma de prover paz social (WACQUANT, 2007).

Com a redemocratização do país e o advento da CRFB/1988 uma nova tipologia penal foi inaugurada consagrando um direito voltado a pessoa humana por meio de um extenso rol de direitos fundamentais. O direito penal e processual penal, apesar de ter evoluído sob o manto dos direitos fundamentais, não acompanhou os demais ramos e o próprio ordenamento como um todo. A Constituição inaugurou uma nova fase no país de um constitucionalismo garantista[1], que visa de fato, promover e garantir os direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2002). Deste cenário ocorreu uma tensão entre o direito penal aplicado e os direitos fundamentais. Alguns fenômenos jurídicos, como o constitucionalismo e a normatividade dos princípios foram amortizados no direito penal por políticas públicas voltadas ao controle pelo uso da violência e também pela privação da liberdade como único meio de tornar o direito penal efetivo (MACHADO, 2014).

No direito penal existe a tensão entre os limites da intervenção penal diante das proteção e garantia dos direitos fundamentais e de outro lado a pressão por mais eficiência na

[1] Para Ferrajoli, o garantismo é uma teoria jusfilosófica que pode ser visto sob três formas: (i) a primeira, como modelo normativo de direito, caracterizado no plano epistemológico como técnica de maximização de liberdades e no plano jurídico uma vinculação estatal de garantir direitos dos cidadãos; (ii) em uma segunda acepção, o garantismo de Ferrajoli é visto como uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência, dentro desta perspectiva há uma redefinição destes conceitos, adotando o modelo constitucional e o funcionamento efetivo do mesmo, existe uma convergência entre os conceitos de validade e efetividade, mas ainda sim há distinção, dentro desta concepção o direito deve ser formalmente e materialmente válido; (iii) a terceira concepção o garantismo é visto como filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, nesta concepção, a proposta do garantismo é a separação entre direito e moral e justiça e validade. Para o presente artigo adotar-se-á visão garantista sob o espeque da teoria jurídica que promove a convergência entre validade e efetividade.

aplicação das normas penais, contrapondo-se a isto, acrescenta-se o fato de que no Brasil existe uma distancia entre a legislação penal anterior à CRFB/1988 e a legislação posterior a ela (MACHADO, 2013). O modelo de constitucionalismo adotado no Brasil é o garantismo constitucional, onde a Constituição garante um amplo rol de disposições normativas e principiológicas e estabelece o dever do Estado em promovê-los (FERRAJOLI, 2002).

A justiça criminal tornou-se cada vez mais política pública de segregação, arbitrariedade e violação de direitos constitucionais. Tal conjuntura só agravou o problema da violência e promoveu o distanciamento entre o Estado e os direitos fundamentais (BARATTA, 2002). A alternativa de democratização do direito penal perpassa por ampliar as garantias fundamentais e fomentar possibilidades alternativas às penas de privação de liberdade diminuindo o encarceramento exacerbado e desprovido de parâmetros de ressocialização.

O processo penal brasileiro sofreu e vem sofrendo um processo de democratização (MACHADO, 2013), justamente pelos traços garantistas da CRFB/1988 e também pela possibilidade de tratados internacionais de direitos humanos serem incorporados à constituição com *status* de emenda constitucional (Art. 5º, $$ 1º e 2º da CRFB/1988), o processo penal possui capacidade de respirar avanços democráticos. Mas o que de fato ocorre é a baixa aplicabilidade de princípios que promovam o garantismo constitucional, como a reserva jurisdicional, a fundamentação da decisão, a presunção de inocência, a reserva legal, o amplo contraditório, a provisionalidade, provisoriedade, a proporcionalidade e a prisão como *extrema ratio* (GIACOMOLLI, 2013).

O princípio da reserva jurisdicional é extraído das garantias constitucionais no artigo 5º, e também possui consonância com artigos do Código de Processo Penal de 1941, como no artigo 306, $ único e o art. 282, alterado pela lei 12.403/2011. Tal princípio garante que, não haja a banalização da prisão como forma de conter a violência. A prisão em flagrante não pode continuar sem uma justificativa judicial decretada por um juiz, a revogação é a regra e a manutenção é a exceção. Mas ainda sim, na prática ocorrem várias prisões que violam este princípio, principalmente em classes sociais de baixa renda, devido ao precário e desequilibrado acesso à Justiça (GIACOMOLLI, 2013). O problema do acesso à Justiça no direito penal causa diretamente um encarceramento segregador e torna o sistema carcerário fábrica de exclusão social.

A fundamentação da decisão caminha no mesmo sentido, possui respaldo constitucional no art. 93, inciso IX da CRFB/1988. É necessário concretizar a decisão penal com o mais absoluto grau de certeza e fundamentação jurídica para que a prisão não seja injusta, o que na prática não ocorre, visto que, um grande número de prisões são expedidas

sem bases legais e com baixo nível de argumentação jurídica. A fundamentação da prisão e sua manutenção por questões econômicas, desemprego e falta de renda fixa, a título de exemplo, refletem uma face discriminatória do sistema penal. Esse quadro também acarreta inflacionamento de presídios e penitenciárias em todo o país. A presunção de inocência é pilar de qualquer estado democrático, mas, onde a violência policial é a regra e os direitos fundamentais são desrespeitados, a população que em tese mais precisaria de apoio do Estado recebe a dura força repressiva estatal e a presunção de inocência se torna presunção de culpabilidade pelo esteriótipo social e a classe econômica (GIACOMOLLI, 2013).

A reserva legal, a proporcionalidade e a prisão como *extrema ratio*, estão diretamente ligadas a proteção que o Estado deve fornecer aos cidadãos para que este mesmo Estado não puna exacerbadamente ou desproporcionalmente (FERRAJOLI, 1999). A provisionalidade, provisoriedade e o amplo contraditório se ligam a ideia de garantias processuais onde deve haver equilíbrio entre a proteção do bem jurídico e a pena, são medidas que garantem a persecução penal de forma que a finalidade do direito penal não seja simplesmente punir, mas sim garantir o comprimento com efetividade e dar uma resposta constitucionalmente adequada (STRECK, 2014). Tanto o fato que dá causa, quanto o tempo de duração são condicionantes para a manutenção da prisão, o Estado deve negar prisões sem justificativa fática e por um período excessivo de tempo.

O princípio da proteção dos bens jurídicos não pode se contrapor como ponto de fuga dos limites constitucionais, o direito penal possui limites invioláveis (STRECK, 2014). A realidade não contempla tais princípios, o sistema carcerário brasileiro está entre os primeiros do mundo em quantidade de prisões e nas piores condições humanas. Muito disso deve-se a violação das garantias constitucionais dentro do processo penal (GRECO, 2013). A lei de execução penal vem passando por várias transformações legislativas ao longo das últimas décadas a fim de se tornar mais humanista e inclusiva, como por exemplo, a ampliação da atuação das defensorias, aumento das medidas alternativas dentre outras, mas ainda sim, existe uma carência de efetividade dos preceitos fundamentais no sistema prisional.

Portanto o direito penal quando se apresenta contrário aos valores constitucionais sobre o pretexto de elevar a proteção dos bens jurídicos em detrimentos das garantias fundamentais, acaba se transofrmando em uma fábrica de encarceramento em massa e um mecanismo estatal de exclusão social provocando uma situação de extrema violação constitucional (ROXIN, 2013).

3. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO MARCO PARA O DIÁLOGO INSTITUCIONAL NA LEGISLAÇÃO PENAL

O instituto conhecido por Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) surgiu na Corte Constitucional Colombiana, em 1997, por meio de uma decisão conhecida por "*sentencia de unificación* (SU)". Após a primeira utilização, este instituto foi aplicado outras nove oportunidades por esta corte. O ECI, segundo a jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, consiste em um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, onde a estrutura está comprometida, existe um conjuntura de fatores que viola gravemente direitos fundamentais por incapacidade, ingerência ou até mesmo inércia dos Poderes responsáveis. (PULIDO, 2013). O ECI é um litígio estrutural que viola de maneira sistêmica direitos fundamentais envolvendo as instituições do Estado (COLÔMBIA - Sentencia de Unificación nº 559, 1997).

No Brasil o ECI foi aplicado na situação vivida no sistema prisional do país. A conjuntura sociológica e jurídica de todo o direito penal deságuam no sistema prisional, ocasionando uma situação de litígio estrutural, por tal motivo, no julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 o ECI foi utilizado pelo Poder Judiciário brasileiro (BRASIL - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347, 2015).

A conjuntura social de políticas públicas acarreta encarceramento em massa, marginalização, exclusão e o uso da violência como justificativa para manter a ordem social. A conjuntura jurídica de leis penais desprovidas de coerência constitucional também levam a um encarceramento em massa e uma dificuldade de se corrigir problemas estruturais no sistema carcerário. O litígio estrutural do sistema prisional ficou demonstrado por variados elementos de prova em diversos seguimentos, dentre eles: econômicos, políticos, financeiros, estruturais, institucionais e jurídicos.

A técnica do ECI é uma ação do Poder Judiciário de chamar os demais poderes para uma soma de esforços no intuito de corrigir o problema estrutural. O ECI é aplicado em situações de bloqueios institucionais que comprometem gravemente direitos fundamentais.

Na jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, para se reconhecer o ECI é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos[2]: (i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Distrito Federal, 09 set. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 07 set. 2016.

omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir a promoção dos direitos; (iii) violações de direitos fundamentais que pressuponham a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender de alocação de recursos públicos correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça (COLÔMBIA - Sentencia de Unificación nº 559, 1997).

A discussão que se tem sobre a aplicação do ECI é sua imprevisibilidade constitucional e se tal medida fere a divisão dos poderes. A justificativa para a aplicação do ECI está na teoria dos diálogos institucionais[3], tal teoria preconiza novas formas do Estado enfrentar seus problemas estruturais e garantir que os direitos fundamentais sejam aplicados com máxima efetividade.

Os direitos fundamentais na pós-modernidade revolucionaram o constitucionalismo, a hermenêutica jusfilosófica e a estrutura das instituições. O constitucionalismo, como instrumento de limite do poder político e garantidor dos direitos fundamentais (STRECK, 2014), deve ser revisto sob a ótica dialógica das instituições democráticas. O Judiciário como único guardião da Constituição gera uma supremacia exacerbada e um déficit democrático das decisões advindas deste Poder. A revolução linguística no direito, nas ideias de Gadamer contraposta a eticidade reflexiva de Habermas, modificou a hermenêutica constitucional (BARROSO, 2010) de forma que o monopólio institucional não é mais o caminho para corrigir o bloqueio institucional à direitos fundamentais.

[3] Inicia-se no final do século passado uma mudança no pensamento constitucional, liderado, sobretudo, por teóricos estadunidenses e canadenses, sustentando um novo modelo de proteção de direitos constitucionais em relação ao modelo do judicial review, com a discussão do redimensionamento do papel do Poder Judiciário e da legitimidade das instituições democráticas revisarem deliberações através da promoção de interpretações do texto constitucional. Esta modificação conceitual reconhece algumas ideias fundamentais, em especial a de que há um novo paradigma regendo o constitucionalismo contemporâneo, em que a questão deixa de ser quem deve interpretar ou que Poder deve fazê-lo, e passa a indicar a necessidade de se buscar uma teoria construída a partir de uma proposta cooperativa pela qual as instituições possam compartilhar fundamentos comuns ao operacionalizar as ordens jurídica e política da realidade democrática. Na verdade, o debate sobre as Teorias Institucionais, pautado na ideia de que no âmbito das atividades institucionais as controvérsias devem ser resolvidas por meio de uma atividade dialógica, acaba por problematizar o tradicional comportamento isolacionista das instituições, dentro do parâmetro central de cooperação em uma ordem constitucional, de modo a lhe proporcionar maior coesão e estabilidade. Ou seja, a partir da preocupação doutrinária iniciada principalmente na última década, passa-se a dedicar ao tema das instituições no plano jurídico-político, e, da necessidade de releitura do papel das instituições na atuação constitucional. Neste sentido, diante desta leitura, deve-se aperfeiçoar um sistema cooperativo e progressivo, a partir das relações entre instituições, em uma comunidade dialógica e convergente. Sob esse prisma, tem-se a possibilidade de uma rede de reciprocidade, arquitetada a partir de um procedimento democrático de decisão coletiva compatível com as diferentes concepções de justiça de uma sociedade pluralista e Rosalind Dixon comunga deste entendimento quando sugere a transformação do discurso dos direitos constitucionais de um monólogo judicial em um rico e mais equilibrado diálogo interinstitucional, que reduz, se não elimina, a tensão entre a proteção judicial dos direitos fundamentais e a tomada de decisão democrática. (ARAÙJO, 2013, p.271)

Os Estados pós-modernos devem adotar postura humanística que vise maximizar os processos legitimatórios, repensando os papéis das instituições e criando um fluxo de diálogos permanentes que promovam a máxima realização dos direitos fundamentais (HABERMAS, 2001). As instituições conforme concebidas por Montesquieu não atendem mais a realidade social da humanidade, neste espeque o Judiciário tem papel fundamental em trazer para o debate constitucional os demais poderes, e não apenas se isolar em decisões solipsistas. Essa seria a justificativa para a utilização do ECI pelo direito brasileiro.

A CRFB/1988 possui em seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º), e entre seus objetivos tem-se: a construção de uma sociedade livre e que promova o bem de todos (art. 3º, incisos I e IV), ou seja, a CRFB/1988 parte da preocupação com a pessoa humana e busca chegar à plena realização deste mandamento. Outro importante pilar constitucional está na aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais e a possibilidade de ampliação dos direitos fundamentais para além da órbita nacional, por meio de tratados de direitos internacionais (art. 5º §§ 1º e 2º da CRFB/1988).

Portanto, a CRFB/1988 apresenta preocupação maior com os direitos fundamentais, do que com a rigidez institucional, em casos onde existe tal conflito deve prevalecer a proteção e promoção dos direitos fundamentais. O ECI é um mecanismo que permite uma atuação conjunto e dialógica das instituições para resolver um litígio estrutural que comprometa seriamente direitos fundamentais. É uma ação voltada para o Estado com medidas a médio e a longo prazo.

Os direitos fundamentais são um marco na legislação penal pois equilibra este ramo do direito aos valores da dignidade da pessoa humana, tais direitos, estabelecem o constitucionalmente necessário na forma de mandamentos e o constitucionalmente impossível sob a forma de proibições (ALEXY, 2002). Neste sentido, o sistema prisional brasileiro é regido por mandamentos e limites no que tange a violação dos direitos fundamentais. A declaração do ECI tem a função de promover a solução dialógica e fazer com que as instituições busquem ações conjuntas.

Confiar apenas ao Poder Legislativo a solução para o problema das leis penais, deixar somente para o Poder Executivo o problema das políticas públicas de combate a violência e a criminalidade e também deixar para o Poder Judiciário incumbido da aplicabilidade dos preceitos fundamentais não será suficiente para solucionar os problemas estruturais do direito penal como um todo e em especial o sistema prisional, declarado como um ECI. A solução perpassa pela adoção dos direitos fundamentais como guias e balizas para que as instituições atuem amplamente buscando a solução que gere maior estabilidade constitucional.

3.1 Análise da ADPF nº 347: Fundamentos da decisão liminar do STF que julgou a inconstitucionalidade estrutural do sistema prisional brasileiro

Em maio de 2015, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou ação de Arguição de Descumprimento Fundamental perante o STF, a ADPF nº 347. Na ação, proposta contra a União e os Estados-membros da Federação, o partido político pediu que o STF declare que o sistema prisional brasileiro viola gravemente preceitos fundamentais da CRFB/1988 (BRASIL - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347, 2015).

A tese utilizada na ação foi a de que o sistema penitenciário brasileiro possui um litígio estrutural e se encontra em um ECI. Foram apontados os elementos que configuram um litígio dessa natureza, são eles: (i) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; (ii) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; (iii) situação que configura a incapacidade de apenas um órgão solucionar o problema, de tal modo que a solução perpassa por uma atuação dialógica entre as instituições (BRASIL - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347, 2015).

Dentre os problemas elencados na ação que assolam o sistema prisional brasileiro temos os mais agravantes, como: (i) a superlotação; (ii) a grande quantidade de presos provisórios que ultrapassam o tempo mínimo legal; (iii) O acesso à Justiça que é seletivo e não permite que os presos de baixa renda tenham seus direitos protegidos, por um déficit de defensorias públicas no país; (iv) precariedade da infraestrutura dos presídios; (v) ausência de assistência material ao preso, como alimentação, higiene e vestuário adequado; (vi) Precariedade da assistência à Saúde e Educação; (vii) violação do direito do preso de trabalhar; (viii) uso de torturas, sanções ilegítimas e emprego abusivo da força. Como se pode ver a violação é acintosa e desumana (BRASIL - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347, 2015).

Os pedidos formulados na ação foram: (i) fundamentar as decisões e justificar o uso da prisão ao invés das medidas cautelares; (ii) implementação das audiências de custódia, no prazo máximo de noventa dias; (iii) levar em consideração a declaração do ECI do sistema prisional brasileiro na aplicação das penas e medidas executivas; (iv) Estabelecer sempre que possível penas alternativas à prisão; (v) abrandar os requisitos temporais necessários para que o preso goze de benefícios e direitos, quando ficar demonstrado que as condições de cumprimento da pena estão mais severas do que as previstas na lei em virtude do quadro do sistema carcerário; (vi) abater tempo de prisão quando estiver diante de grave violação e demonstrado que as penas estão sendo mais severas do que previsto na lei; (vii) coordenar um

mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, visando adequá-los as medidas propostas; (viii) que a União libere sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) (BRASIL - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347, 2015).

O STF, em sede de liminar, por meio das alegações apresentadas e dos elementos de provas, decidiu reconhecendo a existência do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e concedeu parcialmente a tutela antecipada, deferindo apenas os itens (ii) e (viii) da inicial, quanto os demais pedidos a corte entendeu que já seria o papel do Judiciário. O STF declarou que existe grave violação de direitos fundamentais, atestando para o grave problema prisional brasileiro, que não ressocializa quem não foi sequer socializado e, de forma contrária, fomenta o crescimento da criminalidade (BRASIL - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347, 2015).

A Corte Constitucional brasileira considerou os três poderes responsáveis pelo quadro atual de falha estrutural. Ao STF ficou incumbido o papel de retirar os demais poderes da inércia coordenando as atividades que visem estancar o problema a curto prazo e solucioná-lo em médio e longo prazo (BRASIL - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347, 2015).

A atuação do STF neste caso foi em certa medida contida pois se preocupou em não atuar nas esferas legislativas e executivas, sendo excessivamente cautelosos nas medidas liminares urgentes. O processo que tramita a ADPF Nº 347 ainda carece de julgamento final do mérito mas seus efeitos já estão em ampla discussão na comunidade jurídica.

O caso ainda será julgado no mérito pelo STF, mas o que se pode inferir desta ação é o reconhecimento de uma grave violação de direitos fundamentais e uma mudança de paradigma na atuação do Estado. A atuação do poder público deve buscar soluções conjuntas por meio de diálogos institucionais e salvaguardar o Estado para que este exerça sua finalidade de promover e garantir os direitos fundamentais (SARMENTO, 2013). A ADPF nº 347 possui impactos direitos na vida política do Estado e dita paramentos para a atuação deste.

O ECI possui aplicabilidade no âmbito do poder público e no desenho de suas políticas públicas, mas existe uma lacuna no que tange a busca individual para questionar a violação do Estado (SARMENTO, 2013). A esfera dos direitos fundamentais da população carcerária do Brasil fica exclusiva e excessivamente dependente de políticas públicas para sair de uma situação caótica reconhecida judicialmente.

O ECI é uma situação que necessita de atuação conjunta dos poderes e das instituições, mas não permite que o cidadão exerça de alguma forma seu papel de cobrar do Estado efetivamente as garantias fundamentais e exigir os deveres de proteção. Para os casos individuais carece de um instrumento constitucional efetivo, visto que ações judiciais individuais serão julgadas a partir do precedente firmado pela ADPF nº 347.

4. A DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE EXIGIR RESPOSTA ESTATAL E INSTRUMENTO DE EXERCÍCIO DA CIDADANIA FRENTE AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Para se chegar a um definição do instituto da Desobediência Civil é necessário revisitar a evolução do conceito ao longo da história paralelo a evolução da própria noção de Direito e de Estado. O indivíduo que se submete ao Direito e consequentemente ao Estado faz uma opção de troca em ceder liberdade de alguma forma para ganhar paz e poder exercer outros direitos em sua plenitude (THOREAU,.1989). As ideias de Thoreau desenvolveram-se sobre a égide do Estado Moderno, inerentes às concepções de Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu, a preocupação do homem era a liberdade e a medida dela que deveria ser colocada de lado para que o Estado garantisse os demais direitos.

Nesse sentido, quando Henry David Thoreau lançou mão do conceito de uma forma de ação popular individual que atuasse garantindo a consciência dos homens em se submeter a lei, seu objetivo era demonstrar que os homens antes de serem súditos eram homens e donos de sua própria liberdade, consequentemente deveriam ser conscientes das leis que obedeciam. As leis eram colocadas pelo Estado, mas a moral do homem era ditada por ele próprio e por esta justificativa estava acima das leis. A consciência era o guia que determinava o tipo de estrutura de poder que o indivíduo se permitia fazer parte ou não.

Thoreau dizia que os homens possuíam compromisso com sua consciência, e nunca deveria abandoná-la perante um legislador. Para ele os homens deveriam servir ao Estado de forma consciente, crítica e reformadora. O cultivo a leis injustas ou indesejáveis vai contra a própria autonomia privada, de tal modo que é inadmissível obedecer leis que contrariasse os princípios morais do indivíduo (THOREAU,.1989). A desobediência civil para Thoreau questionava inclusive valores democráticos e preconizava que mesmo diante da vontade da maioria, o indivíduo possuía liberdade para se recusar a realizar o que a maioria decidisse, desde que fosse contra os ideais de justiça de cada homem.

A desobediência civil evolui no conceito de Hannah Arendt no sentido de contemplar interesses coletivos, para Arendt um número significativo de cidadãos diante da impossibilidade de mudanças, quando esgotados todos os meios legais e constitucionais, a transgressão não violenta é uma forma legítima de se conquistar algo. A não violência é condição essencial para diferenciar o estado de desobediência civil de uma revolução ou uma guerrilha (ARENDT, 1972). Para Arendt existe a possibilidade de desobediência civil entre as instituições políticas e considera esse mecanismo a melhor forma de pleitear mudanças significativas.

O Estado que sustenta as ideias de Hannah Arendt era pós Estado Social, já voltado às ideias de coletividade e promoção de direitos pelo poder público. A concepção de desobediência civil para esta autora está diretamente ligado aos contornos do constitucionalismo e dos direitos fundamentais, existe a ideia não apenas de transgredir normas, mas sim de se conquistar algo por meio de um comportamento anti-Estado. Os direitos de resistência e a desobediência civil em Arendt, ganharam *status* de direitos dos cidadãos e uma forma de lutar pacificamente por mudanças.

Para Maria Garcia a desobediência civil pode ser classificada como um direito fundamental, pois está ligado ao exercício da cidadania. A cidadania deve ser efetiva e possuir formas de ser instrumentalizada. A autora fundamenta sua posição em um preceito constitucional de soberania que diz que o poder emana do povo (GARCIA, 1994), por esta premissa os cidadãos podem transgredir as normas sempre que violados direitos fundamentais ou quando os atos do poder público se mostrem contrários ao ordenamento constitucional.

O conceito para Maria Garcia emerge em um período que os Estados estão ficando cada vez menores perante a força dos direitos fundamentais, nesse espeque a desobediência civil ganhou força legitimatória e se tornou uma forma dos cidadãos se protegerem contra as ingerências do Estado, pois este, ao descumprir mandamentos e atuar no sentido de exercer condutas que configuram proibições constitucionais (ALEXY, 2002) devem ser cobrados pelos legitimadores do poder, no caso o povo.

A desobediência civil não é uma escusa para transgredir normas ao bel prazer dos cidadãos e não visa romper com a força das instituições, é um instrumento democrático e um direito fundamental de resposta perante omissões estatais ou transgressões deste a direitos fundamentais. O princípio da cidadania possui baixa aplicabilidade, a desobediência civil pode potencializar tal direito. Assim como a cidadania é um princípio fundamental, sua instrumentalidade e exercício são um direito fundamental.

Existe a discussão sobre a possibilidade de se positivar o direito ao estado de desobediência civil, mas neste caso deixaria de ser uma transgressão a ordem posta e seria uma legalidade estrita, a desobediência civil e o direito de resistência são justamente a possibilidade de abstrair da ordem constitucional para conquistar direitos sob a forma pacífica. Para Roberto Gargarella o direito à resistência por meio da desobediência civil é uma resposta a situações de opressão e formas de sair do que o autor chama de alienação legal (GARGARELLA, 2005).

O direito é um instrumento de transformação social com a finalidade de justiça, a quebra do direito não deve ser banalizada, mas diante de falhas que comprometam sua própria razão de ser, não faz sentido o princípio da cidadania não oferecer meios de resistir e alterar o quadro de violação. O direito penal é o mais restrito dos ramos do direito e por isso exige cautela no que tange a relativização da força coercitiva do Estado, mas diante da estrutura criminológica que se encontra o sistema penitenciário, desde a segregação social imposta pelo desejo de se sentir seguro das classes economicamente mais altas até a situação desumana dos presídios, são fatores que constituem sim, um fundamento para se discutir formas de desobediência civil como direito fundamental e o pleno exercício da cidadania.

Essa busca constante por segurança é causada por uma sensação de que o perigo é constante, isso acarreta um isolamento social e uma polarização, a necessidade de se sentir seguro faz com que o outro seja uma potencial ameaça a segurança. A violência policial que discrimina a população mais pobre e cria a sensação de que somente uma parcela da sociedade quer segurança e que para isto vale transgredir os direitos do outro para atingir tal fim é mais um fator que causa rupturas na promoção equitativa dos direitos fundamentais (CALDEIRA, 2002). Por fim dentro dos sistemas prisionais existe o discurso de humanização, mas na prática, o que se vê é o controle social como uma forma de treinamento e manutenção do quadro de marginalização sob um viés utilitarista e econômico, já sob o ponto de vista jusfilosófico é reducionista dos direitos fundamentais.

Por toda essa omissão do Estado, soma-se ainda o ECI, que se encontra o sistema prisional brasileiro recentemente declarado pelo STF. Tal conjuntura abre a a discussão para a possibilidade da desobediência civil por parte da população carcerária do país, que em sua grande maioria é marginalizada e sofre uma criminalização do Estado, desde sua origem pobre até seu encarceramento em condições desumanas, em uma reconhecida falha estrutural do Estado.

As condições ao que parece estão plenamente satisfeitas, pois, está dentro da sua finalidade de proteger ou adquirir um direito negado dentro do princípio da cidadania; e

também sob o fundamento de ver realizado os princípios da justiça e da equidade. Os direitos fundamentais são um marco teórico no direito penal e direciona as normas penais para uma finalidade humanista. A situação carcerária do Brasil é uma violação explícita a tais direitos, dessa maneira, a desobediência civil é uma forma de o indivíduo perante um litígio estrutural, buscar que o Estado exerça os mandamentos constitucionais.

A forma de exercer tal direito de resistência deve ser delimitado por princípios constitucionais, como: a não violência; que não seja lesado direitos alheios; que a forma seja pacífica e tenha claros os interesses que almeja. Apesar de não ser coerente existir uma positivação da desobediência civil, é primordial que os parâmetros que conduzem a desobediência civil sejam constitucionais. O litigio estrutural em relação ao Estado perpassa por uma solução que não garante imediatamente a solução em relação aos indivíduos que sofrem tal violação. Neste cenário deve ser enfrentados caso a caso, de maneira que os presos que tem sua liberdade resguardada pelo Estado, não percam outros direitos que o sistema penal não tem a permissão de retirar.

No direito penal os direitos fundamentais exercem principalmente o papel de limitadores para a ação estatal, mas também são obrigações que este deve prestar aos cidadãos mesmo que estes estejam em condição de privação de liberdade. Portanto ao não fornecer condições humanas, o Estado transgride normas constitucionais. O Estado de Coisas Inconstitucional é o reconhecimento desse déficit de prestação de direitos e abre possibilidades para abrir caminhos institucionais dentro do próprio Estado, mas não oferece no campo individual uma ação para a sociedade se portar diante de tais violações.

A desobediência civil também pode ser concretizada de forma dialógica entre as instituições que existem para proteger os direitos coletivos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública. As formas devem encontrar respaldo constitucional, mas podem sim configurar atos de desobediência. As instituições de promoção da pessoa humana devem dar suporte e garantir que, durante e após, os atos de desobediência, sejam respeitados direitos básicos e que disto não decorra mais punições que violem garantias constitucionais.

O Estado, por meio do direito penal, deve realizar o *jus puniendi* com respeito aos direitos humanos. Ao retirar a liberdade dos indivíduos que cometem crimes, torna-se responsável pela tutela dos demais direitos humanos destas pessoas. Dentro da formatação de Estado onde a dignidade da pessoa humana é o valor máximo, caso este ente não consiga realizar plenamente sua função cabe ao particular que tem sua dignidade comprometida reagir sem que tal reação seja novamente punida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na esteira da teoria dos direitos fundamentais, influenciado pelas ideias pós-modernas do ser humano visto como o centro das ciências sociais, os valores penetraram no direito, estabelecendo um fluxo deste com a ética e a filosofia. No direito penal, em especial no direito penal brasileiro, este ramo do direito tem se afastado dessa premissa. O que se tem visto é um Estado punitivo com peso seletivo dos direitos humanos.

A desigualdade estrutural causada em grande parte pela ausência do Estado Social nos estados da América Latina, geram uma segregação social e a falsa ideia de que a criminalidade está ligada à condição econômica. O autoritarismo do passado recente ainda produz efeitos sociais, a política de controle pelo uso da violência e a propagação da cultura do medo causam uma fenda social que separa a sociedade em classes, nesse contexto o Estado promove a segurança das classes altas, marginalizando e violando direitos humanos das classes baixas, compensando a ausência do Estado com uma presença violenta e segregadora deste.

A CRFB/1988 traz um constitucionalismo garantista, mas sua aplicação não é completa. Os fatores que levam a esta incompletude residem na incompatibilidade entre as leis penais vigentes, e a CRFB/1988. Somente o rol de direitos fundamentais não é capaz de revigora e democratizar a justiça penal do país. O conflito normativo e principiológico causa distorções no processo penal e permite que direitos fundamentais sejam relativizados, desta forma esta aplicação falha das garantias constitucionais, acarreta uma justiça criminal que encarcera predominantemente uma parte vulnerável da população.

Diante deste quadro, foi proposta uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pleiteando a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro. O litígio estrutural demonstra o fracasso do Estado em garantir os direitos postos na CRFB/1988. Portanto a solução para o Estado, caminha no sentido de buscar diálogos institucionais que visem devolver a constitucionalidade do sistema penal a partir de medidas e políticas públicas conjuntas e estruturais.

O problema ocorre quando se está diante dos casos individuais, o ECI reconhece uma falha do Estado e aponta caminhos para alcançar uma solução, mas para o indivíduo que sofre tamanha violação de sua dignidade não há soluções.

Contudo a desobediência civil, por meio da evolução do Direito, também se modificou, e hoje pode ser apontada como um direito fundamental, que instrumentaliza o exercício da cidadania quando o Estado viola gravemente direitos humanos. No sistema

prisional brasileiro existe a possibilidade de se utilizar a desobediência civil como forma de exercício da cidadania, dentro da própria moldura dos direitos humanos.

A aplicação da desobediência civil deve ser amplamente discutida, pois é totalmente incoerente em uma soberania popular, uma parcela da população sofrer tão grave lesão e não poder transgredir determinadas normas, dentro dos limites constitucionais, no intuito de obter uma prestação que está entre as obrigações fundamentais do Estado, a de promover e zelar pela dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ARAÙJO, Luís Cláudio Martins. **Supremacia ou diálogos Judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional**. In: REVISTA DA AGU. Brasília-DF, Ano XII nº 38 out./dez. p269 à p302 2013. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/21774748> acesso em 22 ago. 2016.

ALEXY, Robert**. 2002. Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri : Centro de estudos políticos e constitucionales, 2002.

ARENDT, Hannah. **Desobediência civil**. In Crises da República. São Paulo: Perspectiva, 1972.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal:** Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional comptemporâne: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Distrito Federal, 09 set. 2015. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 07 set. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colômbiana. Estado de Cosas Inconstitucional (ECI)- Sentencia de unificacion SU-559 de 1997. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm> Acesso em 22 ago. 2016.

CALDEIRA, Teresa. **Violência, direitos e cidadania: relações paradoxais.** In Ciência e Cultura. V. 54 N1, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos e garantias: La ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel, **Vigiar e Punir:** História da Violência nas Prisões. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

GARCIA, Maria. **Desobediência Civil:** Direito Fundamental. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho a resistir el derecho**. Buenos Aires: Mino y Dávila, 2005.

GARLAND, David. **A cultura do controle:** crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GRECO. Luís, **Estudos de direito penal e processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós nacional: ensaios políticos.** Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça criminal e democracia.** 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça Criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões.** 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PASTANA, Débora Regina.**Cultura do medo:** reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003. 157 p. (Monografias, 27).

PASTANA, Debora Regina. **Estado punitivo e encarceramento em massa:** retratos do Brasil atual. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo RT, Ano 17, Nº 77, Abr., 2009.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias**. In Revista Tempo Social. USP, Vol. 09, 1997.

PULIDO, Carlos Bernal. **O Direito dos direitos –** Um Escrito Sobre a Aplicação dos Direitos Fundamentais. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal.** São Paulo: Marcial Pons, 2013

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. São Paulo: Ed. Fórum, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4ª Ed. São Paulo Revista dos Tribunais 2014.

THOREAU, Henry David. **Desobediência Civil:** Resistência ao Governo Civil (tradução: Antônio de Pádua Danesi). Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1989.

WACQUANT, L. **Punir os pobres:** a nova gestão da miséria nos EUA. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos:** dimensões emancipatórias. In.: MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo. Teoria Crítica dos Direitos Humanos no Século XXI. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.