

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO**

**KAYO CÉZAR ALMEIDA DE ANDRADE**

**O ATIVISMO JUDICIAL E O GARANTISMO PROCESSUAL PENAL**

**SANTA RITA**

**2018**

KAYO CÉZAR ALMEIDA DE ANDRADE

O ATIVISMO JUDICIAL E O GARANTISMO PROCESSUAL PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Ms. José Neto Barreto Júnior

---

SANTA RITA

2018

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

A553a Andrade, Kayo Cezar Almeida de.

O ATIVISMO JUDICIAL E O GARANTISMO PROCESSUAL PENAL /  
Kayo Cezar Almeida de Andrade. - João Pessoa, 2018.  
49 f.

Orientação: Jose Junior.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/Santa Rita.

1. Ativismo. 2. Garantismo. 3. Processo. I. Junior,  
Jose. II. Título.

UFPB/CCJ

KAYO CÉZAR ALMEIDA DE ANDRADE

O ATIVISMO JUDICIAL E O GARANTISMO PROCESSUAL PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Ms. José Neto Barreto Júnior

Data de Aprovação: 04 de junho de 2018

Banca Examinadora

---

Professor Jose Neto Barreto Junior

---

Professora Danielle da Rocha Cruz

---

Professor Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato

SANTA RITA  
2018

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como universitário, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer.

Ao meu orientador José Neto Barreto Junior, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

A minha família, principalmente a minha esposa Joyce Almeida de Andrade, que sem ela eu não teria forças para continuar e terminar esse curso. Pelos momentos que ela foi meu porto seguro, pelos incentivos e pelo tempo que dispôs comigo nessa longa jornada trilhada.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

## RESUMO

Este trabalho retrata a atuação do Poder Judiciário como ativista judicial, a fim de garantir a plena execução do processo penal, para assim efetivar o seu cumprimento, tendo em vista a omissão do Poder Executivo em relação as atribuições a ele responsável. Este visa demonstrar o entendimento diverso de alguns nomes importantes na história e nos dias atuais sobre o tema mencionado. O trabalho fora feito com dominância na metodologia dedutiva, utilizando como procedimento bibliográfico: livros, artigos, teses, julgados, etc. Com diversas opiniões sobre o tema e com o passar do tempo e mudança nas interpretações realizados no nosso ordenamento, é visto pela maioria o entendimento que o Poder Judiciário pode e deve agir como ativista judicial, pois assim garante e assegura os direitos e garantias fundamentais elencados na constituição. Mesmo na nossa Carta Magna informe que os poderes são “harmônicos e independentes entre si”, o fato de um princípio fundamental na constituição não esteja sendo respeitado, torna o ato do Poder Judiciário aceito pelos julgadores, pois, infelizmente, só assim poderá ser assegurado o direito ao indivíduo proveniente do sistema carcerário, que é o foco deste estudo.

**Palavras-Chave:** Ativismo. Garantismo. Processo.

## **ABSTRACT**

This work portrays the Judiciary's role as a judicial activist in order to guarantee the full execution of the criminal process, in order to effectively enforce it, in view of the omission of the Executive Branch in relation to the responsibilities assigned to it. This aims to demonstrate the diverse understanding of some important names in history and the current day on the subject mentioned. The work was done with dominance in the deductive methodology, using as a bibliographical procedure: books, articles, theses, judgments, etc. With diverse opinions on the subject and with the passage of time and change in the interpretations made in our legal system, the majority is understood by the Judiciary Power can and should act as a judicial activist, as this guarantees and guarantees the fundamental rights and guarantees listed in the constitution. Even in our Magna Carta report that the powers are "harmonic and independent of each other", the fact that a fundamental principle in the constitution is not being respected, makes the act of the Judiciary accepted by the judges, unfortunately, only this way can be ensured the right to the individual from the prison system, which is the focus of this study.

**Keywords:** Activism. Garantism. Process.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2. O DIREITO COMO UM SISTEMA JURÍDICO.....</b>	<b>9</b>
2.1- Breve contextualização doutrinária.....	9
2.2- A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito.....	13
<b>3. UM DIREITO PENAL DO INIMIGO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....</b>	<b>22</b>
3.1- Resquícios de um Direito penal do Inimigo no Sistema Jurídico Brasileiro.....	28
<b>4. O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO GARANTISTA NA ESFERA PROCESSUAL PENAL.....</b>	<b>31</b>
4.1- O ativismo judicial considerado em seus pesos e contrapesos.....	34
4.2- Intervenção do judiciário na esfera de Competência do Poder Executivo.....	37
4.3- A edição de Políticas públicas voltadas à concretização dos valores e fins constitucionais.....	39
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>46</b>

## 1- INTRODUÇÃO

Este trabalho analisará a atuação do Poder Judiciário quanto ativista judicial, proporcionando assim um bom efetivo no que tange a garantia dos direitos e princípios fundamentais elencados na constituição.

A problemática deste trabalho perpassa pela competência do Poder Executivo na implementação de políticas públicas que atuem na promoção da dignidade humana da população carcerária. A atual situação é de risco e desumanidade, onde o Estado deveria tomar as medidas para sanar as irregularidades, uma vez que lhe compete tal responsabilidade, inclusive constitucionalmente aventada. Como não tem havido resposta objetiva, se viu no Poder Judiciário uma oportunidade de tentar efetivar as garantias propostas na Constituição e Leis Infraconstitucionais.

Contudo, algumas teses, no âmbito dos doutrinadores, têm se levantado, como a defesa de que há latente ofensa ao princípio da Separação dos Poderes uma vez que não poderia o judiciário obrigar o Poder Executivo (Administração Pública) tomar medidas de urgência, como já mencionado acima (reformas e construções em estabelecimentos prisionais). Uma outra vertente bastante alegada pela Administração Pública é a suposta incapacidade econômico-financeira da máquina pública, o que inviabilizaria tais reformas e construções.

Justifica-se a presente pesquisa na concepção de que Independente dos posicionamentos contrários, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima, pois sua atuação tem servido de instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada nos estabelecimentos prisionais, razão pela qual não há qualquer ofensa ao princípio da Separação dos Poderes. O discurso de incapacidade econômico-financeira da Administração Pública é insustentável, tendo em vista, que a arrecadação para o Fundo Penitenciário tem recursos muito além. Sendo assim, havendo diretrizes e recursos, porém sendo estes inefetivos pela inexistência de políticas públicas, inexistente empecilho para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente.

Será empregada nesta pesquisa científica predominantemente a metodologia dedutiva, partindo do estudo do instituto da transação penal, para análise de casos, utilizando-se como procedimento bibliográfico: livros, artigos, teses, monografias e etc, e obras bibliográficas na área processual penal, penal, constitucional, artigos,

decisões judiciais, revistas especializadas, internet, jurisprudências consolidadas nos tribunais superiores, entendimentos doutrinários dentre outras.

No primeiro momento, pretende-se demonstrar uma breve progressão histórica na visão de grandes autores do mundo jurídico, passando pela rápida análise do Sistema Jurídico do ponto de vista de Hans Kelsen e a sua Teoria Pura do Direito, em seguida Robert Alexy com a sua Teoria das Normas e Princípio e a Teoria dos Sistemas pregada por Niklas Luhmann. Ato contínuo, neste mesmo capítulo serão abordadas as influências na interpretação normativa brasileira decorrente do pensamento destes autores e como isso atinge o que denominamos Estado Democrático de Direito.

Em um segundo momento, temos a reflexão do Direito Penal do Inimigo apregoado por Gunther Jakobs, traçando breves comentários sobre a atual condição do Sistema Carcerário Brasileiro. Será delineado em conjunto a atuação do Poder Executivo em relação as graves violações aos direitos humanos e à norma infra e constitucional.

Por fim, porém não menos importante, realizadas as observações quando ao denominado Direito Penal do Inimigo, passaremos à análise da atuação judiciária de forma ativista, utilizando-se de critérios garantistas para proporcionar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais violadas pelo poder executivo, frente ao argumento deste poder de ausência de dotação orçamentária e a teoria do reserva legal.

Será empregada nesta pesquisa científica predominantemente a metodologia dedutiva, partindo do estudo do instituto da transação penal, para análise de casos, utilizando-se como procedimento bibliográfico: livros, artigos, teses, monografias e etc, e obras bibliográficas na área processual penal, penal, constitucional, artigos, decisões judiciais, revistas especializadas, internet, jurisprudências consolidadas nos tribunais superiores, entendimentos doutrinários dentre outras.

## **2. O DIREITO COMO UM SISTEMA JURÍDICO**

### **2.1 – Breve contextualização Doutrinária**

Hans Kelsen, um dos expoentes do positivismo jurídico, nasceu em 1881 em Praga, onde viveu em Viena na Áustria, onde posteriormente passou a compor a Corte Constitucional.

Criador da Teoria Pura do Direito, Kelsen publicou-a em 1934<sup>1</sup>, consagrando-se um autor do século XX. Foi um grande expoente para o positivismo jurídico que nasce no século XIX, uma herança da escola da exegese, fruto da revolução francesa que pregava que o magistrado nada mais seria que apenas a boca da lei. Para a escola da exegese, apenas uma leitura do texto legal nos seus exatos termos seria a única forma válida de uma decisão judicial.

Interessa ressaltar que o importante para o positivismo é validar o direito numa fonte prévia, e não permitir que o juiz faça direito. A sua função primordial é analisar a norma ou precedente anterior e usar como fundamento às suas decisões, decisões estas que preenchendo tais requisitos validariam o ato jurisdicional tornando aquela decisão eminentemente válida.

Já para Hans Kelsen, o traço característico para o positivismo é o cientificismo. Para ele, o direito possui critérios de validação científica, bastando ao cientista saber do direito delinear, que critérios são estes.

A teoria pura se inicia com o tema direito e natureza, onde Kelsen atribui a nomenclatura direito e natureza. Para ele, a proposta do direito, assim como as ciências naturais, deveria ter uma espécie de validade objetiva, como a lei da gravidade que foi universalizada, então para ele o direito em si deveria basear-se em um critério objetivo universal.

Essa concepção dele compreende que é impossível validar um direito a partir de uma experiência historicamente situada, veja que para ele o importante não é o conteúdo da lei em si, mas sim sua estrutura. Para ele, todo ordenamento seja oriental ou ocidental, por exemplo, deveria seguir uma estrutura lógica única, era como se ele estivesse em busca do DNA do direito.

---

<sup>1</sup> Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito, 3ª. Ed. Brasileira, Livraria Martins Fontes Editada Ltda., tradução de João Baptista Machado.

Kelsen, ao pesquisar os traços que se assemelham nas criações normativas, entende que o direito vem de um famoso imperativo denominado "dever-ser", que seria um tipo de base imputacional do direito, logo o direito seria universal dada a sua manifestação através da normatividade.

A Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra – como já se mostrou - a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser, quer dizer: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido - querido ou representado. Ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que são conteúdo de normas jurídicas, quer dizer, na medida em que são determinados por normas jurídicas. O seu problema é a específica legalidade autônoma de uma esfera de sentido.<sup>2</sup>

Assim, o direito para ele é um fenômeno cultural e normativo, não causal, daí compreende-se o motivo que levou Kelsen a apontar, em seu primeiro capítulo, a nomenclatura direito e natureza, porque ele queria apontar essa cientificidade inerente à produção normativa estrutural.

Ele não quer validar o direito na lei, e sim provar que o direito é validado através de um fenômeno universal qual seja a estrutura da norma, que imputa um "dever-ser", que sedimenta uma conduta esperada e não uma conduta descrita e que determinado fato temporal deve ser consequência deste.

Diferentemente dos fenômenos naturais em que uma hipótese causa uma consequência, inexistindo relação de causa e efeito. O ser do direito é o "dever-ser", estrutura universal do direito, segundo Kelsen.

Ele não está preocupado com valores e princípios que validem as experiências jurídicas em um determinado fato histórico e sim conhecer o direito de forma descritiva.

---

<sup>2</sup> KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito, pág. 72. tradução João Baptista Machado 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

Fazendo um breve paralelismo com o defendido por Kelsen, Ronald Dworkin, surge apresentando seus apontamentos entendendo que as regras obedecem ao esquema do tudo ou nada, ou a regra é válida e tem que ser aplicada ou não é válida, já o princípios não se orientam por essa ideia, tendo em vista a necessidade de analisar-se o peso e a importância, balanceando-os/pesando-os, para que se possa decidir qual princípio importa para resolução do caso concreto.

Nas palavras de Dworkin (2010, p. 39-42)<sup>3</sup>, “dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. Já no que concerne aos princípios, esses possuem “a dimensão do peso ou importância”. Assim, “quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”.

Pois bem, enquanto para Kelsen o sistema jurídico é completo em si, Dworkin surge alvorando a bandeira de que, para além das leis, faz-se necessária a inclusão de princípios de acordo com a análise do caso concreto.

Para ele, ao interpretar a norma, deve o interprete valer-se de premissas outras que não única e exclusivamente a norma, devendo preocupar-se com a reflexão teórica e não afora a estrutura normativa em si. Nesse sentido, Robert Alexy aprofundou a teoria de Dworkin, difundindo-se mais em nosso país, inclusive nos tribunais superiores. Segundo ele, a diferença entre estruturas e regras está na estrutura da norma, entendendo a norma como gênero que dela derivam ambos.

Os princípios seriam normas mais genéricas e as regras por sua vez, não. Os princípios serviriam como uma espécie de mandado, com cumprimento gradual na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Estando em rota de colisão, na maioria das vezes, o que seria a famosa antinomia. A prevalência de um princípio sobre outro só será apontada dependendo das circunstâncias do caso para analisar qual princípio prepondera sobre o outro, porém não invalida o princípio sucumbido. Já as regras são mandados definitivos, referem-se a circunstâncias objetivas, aplicam-se pela subsunção do fato a regra, devendo incidir sua aplicabilidade, segundo a regra do “tudo ou nada”, ou se aplica ou não se aplica, ou seja é a lógica da validade, havendo duas uma será válida e a outra não.

---

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, págs. 39-42. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2010.

Trazendo um pouco mais para a nossa realidade, temos que na Constituição da República Federativa do Brasil, temos elencado no art. 2º, o princípio da separação dos poderes que diz “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Como bem sabemos tal princípio sela a autonomia dos poderes, que através do sistema de freios e contrapesos, inviabiliza que um assente na esfera de atuação típica do outro. Porém nada impede que o poder judiciário, por exemplo, atue de forma atípica, editando seu regulamento interno (função legiferante atípica). O que seria inviável se ocorre uma violação de frente à norma pré-estabelecida onde é vedado o judiciário criar leis.

Ainda partindo desta análise, Niklas Luhmann, nascido em 1927 na Alemanha e falecido em 1998, principal obra é a sociedade da sociedade, um dos últimos estágios de seus estudos publicado um ano antes de falecer. Sua intenção era trazer conceitos de outras áreas da ciência para sociologia, criando uma teoria unificadora multidisciplinar que pudesse explicar as complexidades da sociedade como um todo.

Revolucionário da sociologia, ele afirma em seus estudos que o homem não está no centro dela, e sim no seu entorno, o que está no centro é a rede de comunicação intersistêmica.

Para ele o direito estava vivendo uma grave crise, no meio de um mundo de teorias onde nenhuma delas adequava-se de forma universal. Para ele o mundo era uma complexidade, e ele entendia que havia uma forma de reordenar essas complexidades através da teoria dos sistemas.

Em uma primeira influência, Humberto Maturana e Francisco Varela, na época, descobriram que o ser vivo se auto reproduzia, como se o corpo orgânico fosse um sistema que se auto regule, termos este que chamaram de “Autopoiese ou autopoiesis”.

Uma segunda influência, desta vez por Von Foerster, onde para ele a realidade não existe por si própria ela pressupõe um observador, o que é observado é instituído pelo próprio observador, não existe fato por si próprio e sim um fato observado por alguém.

Sistema pode ser definido como conjunto de operações que tem certa continuidade no tempo. Para ele separa-se em 3 tipos: Orgânico, psíquico e social (último objeto de análise dele) o sistema social existe o sentido, eles se constituem e se mantêm pelo sentido, e eles reproduzem esse sentido, não existe pensamento,

apenas comunicação. Ele se opera pela comunicação, e para o autor ele entende que a sociedade é um sistema amplo formado de comunicação onde os indivíduos estão no entorno.

Antes de Luhmann, os sistemas eram classificados em sistemas abertos e fechados, onde o sistema social aderiria-se a ideia do sistema aberto devido suas interações com outros sistemas. Contudo, para Luhmann, o sistema social agregasse a ideia de heterossistema.

## **2.2- A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Como expõe sinteticamente Sérgio Urquhart de Cademartori, historicamente, situando-se numa história ocidental, a ideia de Estado, desenvolveu-se em duas etapas: em primeiro lugar surgiria a ideia de Estado de direito, como estrutura de limitação do poder absoluto ou desenfreado do soberano, e, posteriormente, do Estado que além de ser de direito será aditado a qualidade a qualidade de democrático.

Ainda segundo o autor, mencionando Bobbio, é preciso não confundir Estado de direito e democracia, embora um juízo sobre a segunda deva levar em conta a existência ou não do primeiro. O Estado de direito, no que concerne às relações institucionais e sociais, define qual o melhor modo de governo, o das leis ou o dos homens. Já a democracia se questiona sobre qual a melhor forma de governo.

O Estado de direito considera que o governo da lei compreende duas situações com significados diferentes, embora implicadas reciprocamente, cada uma com seus defensores. O primado da lei como instrumento principal de dominação, prerrogativa máxima do poder soberano opõe Hobbes, Rousseau e Hegel aos “fatores do governo da lei”. Um governo poderá exercer o poder “segundo leis preestabelecidas” (governo sub lege) e/ou o governo poderá exercê-lo “mediante leis, ou melhor, através da emanação (se não exclusiva, ao menos predominante) de normas gerais e abstratas” (governo per leges).<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> GOMES, Wilson. A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política. Revista fronteiras- estudos midiáticos. Porto Alegre: 2005. p. 12

Considerando isto, seria possível distinguir três tipos de Estado de direito: em sentido fraco, em sentido fraquíssimo e em sentido forte. No primeiro caso, trata-se do Estado não-despótico, dirigido pelas leis. Já o Estado de direito em sentido fraquíssimo considera que as noções de Estado e de direito estão isentas de “toda força qualificadora”, como é o caso do Estado kelseniano, em que todos são Estados de Direito desde que resolvidos em seu ordenamento jurídico. Um Estado de direito em sentido forte, finalmente, designa os Estados constituídos por todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder.

Nesta esteira de reflexão sobre a substância do Estado de Direito quanto à efetividade de direitos, assim como acerca da formatação e historicidade das instituições, Canotilho compartilha:

Direito, mas de que Estado? Porquê um Estado de direito? E que direito para que Estado? Estas e outras interrogações servem apenas para insinuar um problema essencial: que «lei» para que «cidade». Uma ordem juridicamente organizada de justiça e de paz aponta para certos tipos de organização da cidade (a cidade republicana) e para o consenso/partilha de certos valores e princípios. O princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes. No entanto, antes da afirmação deste princípio básico coloca-se sempre a marca da fundação. A história da fundação das comunidades humanas organizadas é muitas vezes uma história trágica assente num código binário de contradições, antinomias e exclusões: cidadão/estrangeiro, fé/heresia, temporal/espiritual, amigo/inimigo, público/privado, vontade geral/interesses particulares, inclusão/exclusão, direito/não direito.<sup>5</sup>

Continua Canotilho, assumindo que o Estado de direito e o Estado de não direito assumem-se como categorias históricas. A contraposição entre estas categorias não obedeceria assim a uma simples disposição abstrata ou encerrada construção conceitual.

---

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. Estado de Direito. P. 21. Disponível em <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em 25 de abril de 2025.

Existiram e existem esquemas jurídico-políticos de organização comunitária que poderemos arrumar na categoria de Estados de direito. Existiram e existem tecnologias de organização da instituição, por conseguinte, de sua institucionalidade que se enquadram na categoria de Estados de não direito:

Onde e como se desenvolveram estas categorias? Uma resposta a esta pergunta é muitas vezes dada recortando o Estado de direito como uma forma de organização jurídica e política circunscrita aos Estados em que progressivamente se foi sedimentando um determinado paradigma jurídico, político, cultural e econômico. O Estado de direito perfilar-se-ia, assim, como um paradigma jurídico-político da cultura ocidental e do Estado liberal do Ocidente. Foi no “meio ambiente natural” do Ocidente o local da forja de uma arquitetônica de Estado baseada no consenso sobre princípios e valores que, no seu conjunto, formam a chamada juridicidade estatal. Avancemos já as dimensões fundamentais desta juridicidade: governo de leis (e não de homens!) gerais e racionais, organização do poder segundo o princípio da divisão de poderes, primado do legislador, garantia de tribunais independentes, reconhecimento de direitos, liberdades e garantias, pluralismo político, funcionamento do sistema organizatório estatal subordinado aos princípios da responsabilidade e do controlo, exercício do poder estadual através de instrumentos jurídicos constitucionalmente determinados.<sup>6</sup>

Intertextualmente, observamos que há uma convergência dos autores no sentido de que o Estado de Direito tem sido reformatado em sua perspectiva instrumental e gerencial diante da sociedade. Cademartori<sup>7</sup>, comparando os estudos de Bobbio e Ferrajoli, esboça, ainda, que o Estado de Direito designa não simplesmente um ‘estado legal’ ou ‘regulado pela lei’, e sim um modelo de estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado:

a) no plano formal, sob princípio da legalidade, em virtude do qual todo poder público – legislativo, judicial e administrativo – está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam suas formas de exercício e cuja observância se encontra submetida ao controle de legitimidade por parte de juízes separados do mesmo e independentes (o Tribunal Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para as decisões com este caráter);

<sup>6</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1996. t. I. p. 67

<sup>7</sup> CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk e CADEMARTORI, Sérgio. **A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli**. *Revista sequência*. Revista Sequência, nº 53, pp. 145-162. p. 153

b) no plano substancial, pela funcionalização de todos os poderes do Estado ao serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa em suas Constituições dos deveres públicos correspondentes, isto é, das proibições de lesionar os direitos de liberdade e das obrigações de dar satisfação aos direitos sociais, assim como dos correlatos direitos dos cidadãos de ativar a tutela judicial.

Uma nova forma de se interpretar o Direito a partir de um Estado Democrático de Direito, considerando a valoração dos Direitos Humanos e respeitando a Constituição Federal é a definição mais singela do que consiste o neoconstitucionalismo. No sistema neoconstitucional, os direitos fundamentais ganham uma relevância jamais vista, o seu reconhecimento transcende a normatização infraconstitucional.

O Estado Democrático de Direito passa a ser efetivamente instaurado, tendo como respeito às minorias um dos seus princípios, afastando as barbáries existidas durante o Estado de Direito. O neoconstitucionalismo estabelece as bases de um novo Direito, ancorado em valores universais. Nessa nova forma de se pensar o Direito, o Poder Judiciário ganha espaço sobre o Poder legislativo, pois fica sob sua responsabilidade a defesa, preservação e garantia de concretização dos direitos fundamentais.

A interpretação valorativa da Constituição, fez com que o juiz que antes era restrito a norma, pudesse então fazer uso de ponderações entre princípios, investigar o sentido e alcance da norma a ser aplicada, assim como utilizar-se da teoria da argumentação para que o caso tivesse o melhor desfecho possível.

O judiciário, segundo nossa Constituição Federal, é seu guardião e se manifesta quando provocado. Porém, questiona-se acerca da legitimidade do Poder Judiciário ao proferir decisões em casos que, em tese, caberiam a outros Poderes. Contudo, a prática do ativismo judicial mostra-se legítima e não viola o princípio da separação dos poderes, desde que não aplicada de forma arbitrária e dentro do que assegura a Constituição, pois procura dar efetividade aos preceitos constitucionais assegurados aos cidadãos, quando estes o provocam.

Como forma de compreender alguns preceitos trazidos por nossa Constituição, vê-se o seu preâmbulo (BRASIL, 1988):

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CRFB.<sup>8</sup>

Verificamos que a Constituição Brasileira estabelece o exercício dos direitos fundamentais e sociais, o caráter normativo dos princípios e a supremacia da Constituição a ser assegurada pelo controle de constitucionalidade.

O art. 5º, §1º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o que exclui, em princípio, o cunho programático desses preceitos. Esses direitos fundamentais são incluídos no rol das cláusulas pétreas do art. 60, §4º, da CF (BRASIL, 1988), o que impede a supressão ou modificação de tais direitos pela ação do poder Constituinte derivado.

Konrad Hesse (1991, p. 15) afirma que:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas, também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social [...]<sup>9</sup>.

E, ainda, que “a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”. (HESSE, 1991, p. 16).

A irradiação desses princípios e valores é garantido pelo controle de constitucionalidade. Esse controle é previsto nas Constituições brasileiras desde 1891, porém, a constituição de 1988 o aprimora e insere novos remédios constitucionais, como também, a previsão de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação

---

<sup>8</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

<sup>9</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, pág. 15. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

declaratória de constitucionalidade. Há ainda um vasto elenco de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, garantindo assim a efetividade dos direitos fundamentais.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (2010, p. 181) “o controle de constitucionalidade é o instrumento de garantia da supremacia das constituições. Serve para verificar se os atos executivos, legislativos e jurisdicionais são compatíveis com a carta magna”.

O art. 5º, XXXV, da CF/88 (BRASIL,1988) nos traz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Diante disso, a Constituição de 88 reforça o papel do Judiciário como garantidor dos valores previstos na Constituição, expandindo a atuação judicial.

As palavras do Ministro Barroso (2009, p. 352) corroboram quando diz que:

O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética- ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação- deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade.<sup>10</sup>

No Brasil, diante da nova forma de se observar o Direito, trazida pela Constituição Federal de 1988, passa a ocorrer a constitucionalização do direito e a judicialização das relações sociais.

A imposição da leitura dos institutos do direito civil conforme a Constituição Federal, a chamada constitucionalização do direito civil ou direito civil constitucional, faz com que a norma passe a ser direito privado interpretado conforme a Constituição.

A constitucionalização gera a integração do ordenamento jurídico com a Constituição. Podemos tomar como exemplo a concessão de alimentos nas uniões homoafetivas, no artigo 1.694, CC, interpretado à luz da dignidade da pessoa humana e da isonomia constitucional.

---

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição, pág. 532. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

A redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, trouxe novos direitos e novas ações constitucionais, acarretando um aumento na demanda por justiça na sociedade brasileira, em virtude da conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos.

A nossa Carta Magna, em seu artigo 102, dispõe que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”, tal sistemática de jurisdição constitucional favoreceu o poder de provocar o Supremo Tribunal Federal (STF). Toda essa mudança de paradigma reflete-se na jurisprudência do STF, uma vez que o confronto com novos temas impregnados de conteúdo moral. Tal propositura de demandas visando a efetividade dos direitos previstos, vem caracterizando a judicialização.

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).<sup>11</sup>

Além das influências decorrentes de mudanças no texto constitucional, do processo de redemocratização, da passagem para um Estado Democrático de Direito, atualmente nosso país vive sob a égide de uma crise de representação parlamentar, aumento na demanda e ampliação do direito mediante uma Constituição altamente compromissória.

---

<sup>11</sup> (STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

Podemos entender como ideia de ativismo judicial o exercício expansivo pelo Poder Judiciário impondo obrigações em caso de retratação do Poder Legislativo; interpretando a Constituição de maneira expansiva ou restritiva; declarando a inconstitucionalidade de atos; estabelecendo eficácia e aplicabilidade aos direitos e normas presentes em nossa Carta Magna.

O Poder Judiciário é um poder autônomo, independente e imparcial, no que concerne consolidar os princípios supremos e direitos fundamentais indispensáveis às relações jurídicas, cabendo a este Poder solucionar conflitos, administrar a justiça, mediante aplicação das leis.

O Supremo Tribunal Federal é um órgão do Poder Judiciário e é tido como o guardião da Constituição – conforme expressamente menciona o art. 102 da CF-, cabendo-lhe fiscalizar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos; emitir a última palavra nas questões submetidas ao seu veredicto; primar pela regularidade do Estado Democrático de Direito, garantindo a separação dos Poderes; defender a supremacia das liberdades públicas, dos direitos fundamentais, em face dos Poderes do Estado (UADI, 2010, p. 1276).<sup>12</sup>

Sendo assim, nos últimos anos o STF vem desempenhando um papel ativo na sociedade brasileira, proferindo decisões sociais e políticas, que repercutem na vida dos brasileiros, o que caracteriza o ativismo judicial. Ressalte-se que tal pronunciamento ativista ocorre mediante provocação pelos legitimados, o que cabe ao STF apreciar as questões, pois o art. 5º, XXXV, da CF/88 dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Luís Roberto Barroso em seu artigo “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”, traz uma explanação bastante coerente acerca do ativismo judicial e da origem dessa expressão:

Ativismo Judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzidas por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas

---

<sup>12</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional, pág. 1276. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica- até porque pode ser progressista ou conservadora- a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.<sup>13</sup>

Diante dessa atribuição ao Poder Judiciário em impor condutas ao Poder Público; em editar Súmulas Vinculantes quando deviam existir leis, como por exemplo no caso do Nepotismo; em aplicar a Constituição em casos não previstos em seu texto, como foi o caso da fidelidade partidária, criando uma nova hipótese de perda de mandato, entre outras, leva a reflexão sobre a legitimidade dessas decisões e seus limites e possibilidade ante o princípio da separação dos poderes.

---

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição. Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)

### 3. UM DIREITO PENAL DO INIMIGO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O criador desse movimento de um Direito Penal destinado à um inimigo foi Günther Jakobs, que ao adotar a Teoria do Funcionalismo Sistêmico, que é o direito penal enquanto proteção da norma, passou a compreender que a sociedade possui cidadãos e inimigos.

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz.<sup>14</sup>

Pois bem, o momento histórico em que surge essa teoria é a década de 1980, relativamente recente, no contexto da queda do muro de Berlim com a unificação das Alemanhas Ocidental e Oriental, capitalista e comunista.

Podemos ousar em dizer que Jakobs vem de uma linearidade pregada por Hegel, que seguia os ensinamentos de Niklas Luhmann. A filosofia de Hegel sustenta que a ordem jurídica é a manifestação da vontade geral, assim quando alguém pratica um delito ele nega a vontade daquela sociedade. Então, a partir disso, para Hegel, surge o direito penal para negar a vontade do delinquente, consubstanciando a ideia de manutenção da vigência do contrato social, a fim de reafirmar a vontade geral que forma a ordem jurídica.

Esta fenomenalidade do direito – em que ele mesmo e a sua existência empírica essencial, a vontade particular, coincidem imediatamente – torna-se evidente como tal quando, na injustiça, adquire a forma de oposição entre o direito em si e a vontade particular, tornando-se então um direito particular. Mas a verdade desta aparência é o seu caráter negativo, e o direito, negando esta negação, restabelece-se e, utilizando este processo de mediação, regressando a si a partir da sua negação, acaba por determinar-se como real e válido aí mesmo onde começara por ser em si e imediato.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> DE MORAES, Alexandre Rocha Almeida. Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do Direito Penal. Curitiba. Juruá. 2009. p.185

<sup>15</sup> HEGEL, G. W. F. Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 80.

Luhmann, autor inspirador de Jakobs, entende que o direito sustenta uma estrutura que orienta a sociedade e a norma seria uma generalização destas expectativas, e partir desta análise cria a famigerada Teoria dos Sistemas.

Uma das ideias desta Teoria dos Sistemas são as expectativas, a sociedade, através da norma possui a expectativa que de não será roubado, morto, ou qualquer outra coisa do tipo, por exemplo. Assim, para ele, o direito tem que criar meios para que as pessoas continuem sustentando essas expectativas.

Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito (Luhmann, 1983, p.48) <sup>16</sup>

Para Luhmann, há dois tipos gerais de expectativas criadas numa sociedade, são elas a cognitiva e a normativa. A diferença está na reação na defraudação da expectativa, ou seja, como se reage a estas.

Ao nível cognitivo, são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride. (Luhmann, 1983, p.56) <sup>17</sup>

Exemplo, se tivermos uma casa e ela desaba, na expectativa cognitiva, temos a relação do homem com a natureza, como um carro que enferruja, diante desta defraudação de expectativa o comportamento muda em virtude disto. De forma diferente do que ocorre nas normativas, aqui temos a relação do homem com os demais integrantes da relação social, neste se aplica uma sanção penal como forma de manutenção dessa expectativa, para mostrar a todos da sociedade que podem seguir suas vidas normalmente com a intenção que aquilo não mais acontecerá.

---

<sup>16</sup> LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, pág. 48. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 1 v

<sup>17</sup> LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, pág. 56. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 1 v

A partir destes pontos de partida deixados por Luhmann e Hegel, Jakobs começa o seu pensamento, para ele temos que trabalhar com a **teoria da prevenção geral positiva**. Ele entende que pena é um meio de prevenção geral positiva dizendo que o direito o penal protege não é um bem jurídico e sim as expectativas para a constituição da sociedade.

Sobre o tema ensina Rogério Greco:

A prevenção geral pode ser estudada sob dois aspectos. Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados para a condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração pena. Existe outrossim outra vertente da prevenção geral tida como positiva. Paulo de Souza Queiroz preleciona que , “ para os defensores da prevenção integradora ou positiva, a pena presta-se não a prevenção negativa dos delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na pratica de algum delito; seu propósito vai além disso, infundis na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito, promovendo, em última análise, a integração social.”<sup>18</sup>

O bem jurídico não é um dano em potencial a vida ou ao patrimônio, por exemplo, para ele o que se pretende é a prevenção quanto a proteção da manutenção da norma, que pode vir a ser violada por aqueles que defraudam as expectativas.

[...] o direito não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas. Portanto, o direito penal como proteção dos bens jurídicos significa que uma pessoa, apegada a seus bens, é protegida das ameaças de outra pessoa. [...]. Seja como for, o reconhecimento da devida atribuição de responsabilidade em função da teoria da imputação objetiva é, queiramos ou não, o reconhecimento de uma ordem estabelecida em função de papéis, isto é, em função das relações entre as pessoas, e isto significa, por sua vez, em função de determinadas expectativas normativas, ou seja, de normas que não são, por sua vez, bens de pessoas determinadas”. Jakobs (2005, p. 35, 39)<sup>19</sup>

<sup>18</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, parte geral. Editora Impetus, 13ª edição, 2011 p. 473 ut 474. Niterói, RJ, 2011

<sup>19</sup> LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. Tradução de André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). Direito penal e funcionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Por exemplo, uma morte por doença é uma perda natural, mas por assassinato seria uma violação da norma. A ideia não é “não viole um bem” e sim “não viole a vigência da norma”. Um outro exemplo é uma tentativa incruenta, onde o objeto não é atingido, quando a parte é punida pela tentativa e não pela consumação, sendo que sequer houve lesão a integridade da vítima.

Para Jakobs o crime é a negação da vigência da norma e a pena é a negação da negação da vigência da norma. A pena aqui surge como instrumento para reestabelecer a vigência negada da norma, fazendo citar aquela célebre citação “*a pena é a negação da negação do direito*”.

A ideia de que o inimigo é aquele que viola uma vontade geral, um contrato social vigente, entende o autor acima apontado, que o delinquente pode ser beneficiado com os benefícios deste contrato, como se este deixasse de ser membro do estado perdendo a condição do indivíduo conforme dizia Rousseau.

Aponta Gunther Jakobs:

O Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.<sup>20</sup>

Então Jakobs diferencia ambos direitos acima citados. Para ele, as pessoas que cometem um crime, cometem um erro. Essas pessoas são as que delinquem, para eles existem o direito penal do cidadão.

Para estas, o Estado espera elas praticarem um delito para aplicar uma pena reafirmando a vigência da norma. No direito penal do inimigo teremos pessoas que querem destruir o ordenamento jurídico, o estado não espera que elas ajam e sim são interceptadas num estado prévio da ação, sendo neutralizado o inimigo.

[...] aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa. Sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra um adversário.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> JAKOBS, Gunther. Ciência. Barueri. Manole Jurídico. 2003. p.55.

<sup>21</sup> JAKOBS, Gunther. Ciência. Barueri. Manole Jurídico. 2003. p.55.

Para ele, quem não presta uma segurança cognitiva mínima de que vai se adequar as normas sociais, são podem ser tratadas como pessoas. Assim o inimigo deve ser excluído da sociedade, reconhecendo-se no inimigo um indivíduo e não uma pessoa, pois a pessoa é produto social, sendo uma unidade ideal de direitos e deveres.

[...] quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.<sup>22</sup>

Diante disto Jakobs, cria o que seriam algumas **medidas excepcionais** que caracterizam o direito penal do inimigo, sendo estas medidas penais e processuais penais, são elas: **medidas penais e processuais penais.**

No que tange as medidas penais, temos: i) proliferação de medidas de risco sem vínculo com lesividade/ofensividade; ii) o aumento da incriminação de atos preparatórios; iii) a agravamento das penas criminais independentemente de qualquer proporcionalidade; iv) a desproporcionalidade das penas; e v) numerosas leis que se denominam “lei de luta” ou “lei de combate”.

No que tange as medidas penais processuais temos: i) a restrição de garantias e direitos processuais aos imputados; ii) o alargamento dos prazos da prisão preventiva; iii) a ampliação dos prazos de detenção policial para fins investigatórios (ex. na nossa Lei de Crimes hediondos); iv) a previsão de crimes sem nenhum motivo; v) a inversão do ônus da prova (tendência dos países europeus); vi) Generalização de métodos de investigação e de provas excepcionais (ex. escutas telefônicas, buscas noturnas autorizadas, agente infiltrado dentre outros); e vii) as normas de direito penitenciário que recrudescem as condições de classificação dos internos. (ex. crimes hediondos veda anistia graça ou indulto).

Nesse sentido temos:

[...] a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, que não se dirige contra a pessoa em Direito, mas contra o indivíduo perigoso. Isto talvez se perceba, com especial clareza, quando se passa do efeito de segurança da pena privativa de liberdade à custódia de segurança, enquanto medida de segurança: neste caso, a perspectiva não só contempla retrospectivamente o

fato passado que deve ser submetido a juízo, mas também se dirige – e sobretudo – para frente, ao futuro, no qual uma «tendência a [cometer] fatos delitivos de considerável gravidade» poderia ter efeitos «perigosos» para a generalidade.<sup>22</sup>

Assim, podemos concluir que o direito penal, assim como o rito processual aplicado a estes, surge neste momento da necessidade de normatização de regras, regulando as relações dos indivíduos em sociedade, delineando comportamentos, visto a gama de diversidades e complexidades inerentes ao ser humano, pautando-se na premissa de assegurar a manutenção dos valores.

São as mais variadas maneiras informais de controle social, como o meio familiar ou até mesmo religioso, porém o direito penal surge, para que o Estado possa instrumentalizar formalmente um viés que proporcionasse exercício do controle.

A herança do nosso direito penal e processual penal parte predominantemente da raiz do direito positivado, tendo como fundamentos basilares os princípios norteadores do legislador, que ao delimitar determinadas ações como sendo infrações – ou não – deverá valer-se desses parâmetros.

(...) se o Direito Penal (verdadeiro) só pode ser vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado, urge concluir que Direito Penal do Cidadão é um pleonasma, enquanto Direito penal do inimigo, é uma contradição. O Direito Penal do inimigo é um não Direito, que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais.<sup>23</sup>

Assim, compreendemos que a existência de um direito penal do inimigo num ordenamento que diz defender o que conhecemos como Estado Democrático de Direito vivo em contradição, pois da mesma fonte não podem jorrar água doce e salgada.

---

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito penal do Inimigo: terceira velocidade. Curitiba. Juruá. 2009. p.191.

<sup>23</sup> JAKOBS, Gunther. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. 6 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2012. p.22 e 23

### 3.1- Resquícios de um Direito Penal do Inimigo no Direito Penal Brasileiro

O direito penal do inimigo não é nenhuma inovação doutrinária recente, na verdade a ideia de que um inimigo circunda a sociedade é bem antiga. Nesse sentido aponta Francisco Muñoz Conde:

[...] exemplos deste direito penal excepcional tem existido sempre desde as origens da Codificação Penal no século XIX, quando desde o primeiro momento se teve que recorrer a leis penais excepcionais, contrárias ao espírito liberal e constitucional que inspiraram os primeiros Códigos Penais.<sup>24</sup>

O que ocorre em nosso cenário normativo é que, de forma sorrateira, permitimos que o direito penal do inimigo deixasse seus resquícios e muitas vezes sendo replicado em novas leis, que por vezes violam a ideia de proporcionalidade.

Convenhamos que a partir do momento que temos presos cumprindo suas penas em estabelecimentos prisionais desumanos, estamos dizendo que estes não fazem parte de uma sociedade que não podem ser considerados pessoas cidadãs, tendo em vista terem violado algum preceito normativo.

Nesse sentido entende Alexandre de Moraes:

[...] este tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos, começa a dar-se também nos Estados democráticos de Direito, que acolhem em suas constituições e textos jurídicos fundamentais princípios básicos de Direito Penal material do Estado de Direito, como o de legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e, sobretudo os de caráter processual penal, como o de presunção de inocência, devido processo e outras garantias do imputado em um processo penal.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> DE MORAES, Alexandre Rocha Almeida. Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do Direito Penal. Curitiba. Juruá. 2009. p.250

<sup>25</sup> CONDE, Francisco Muñoz. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da Tolerancia Zero' ao 'Direito Penal do Inimigo'. Tradução de Themis Maria Pacheco de Carvalho . Revista Eletronica de Ciência Jurídica. Disponível em: [www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp](http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp). Acesso em 08 fev. 2018.

Segundo o Relatório expedido pelo próprio CNJ no fim da sua gestão em 2017, observou-se o gritante desvirtuamento dos estabelecimentos prisionais, onde está sendo destinado ao cumprimento das medidas preventivas em muitos casos, vejamos:

No Brasil, existem, ao todo, 1.424 unidades prisionais. Quatro desses estabelecimentos são penitenciárias federais. As demais unidades são estabelecimentos estaduais. Importa salientar, desde logo, que há um desvirtuamento da destinação originária de grande parte desses estabelecimentos. Mais da metade dessas unidades constam originalmente como destinadas ao recolhimento de presos provisórios. Porém, 84% delas também confinam pessoas em cumprimento de pena definitiva. Nos estabelecimentos destinados ao cumprimento de pena em regime fechado também existem condenados a outros regimes (80%).<sup>26</sup>

Como é de nosso conhecimento a Legislação Extravagante, diga-se a Lei de Execução Penal, traz diretrizes a serem seguidas pelo poder executivo no que tange as estruturas arquitetônicas e cômodas dos estabelecimentos prisionais, contudo há forte infringência a norma infraconstitucional, que por ricochete atinge a norma constitucional violando princípios e cláusulas pétreas de nosso ordenamento.

Segundo relatório produzido pelo CNJ quando da inspeção nos estabelecimentos prisionais, temos:

Com vistas a cumprir o previsto na Lei de Execução Penal<sup>25</sup>, no que concerne à ambiência prisional e arquitetura das unidades prisionais, os estabelecimentos penais devem ser capazes de oferecer serviços de saúde, educação e trabalho, além de outras características arquitetônicas essenciais.

Esse fato gera um impacto negativo, pois poucas instalações adaptadas possuem módulos de saúde (22%), educação (40%) e trabalho (17%). Em apenas 6% das unidades analisadas pelo Depen registrou-se a existência de módulos, alas ou células com acessibilidade para pessoas com deficiência. Esse quadro de ocupação das vagas do sistema penitenciário, o estado das instalações físicas, os serviços prestados e o excesso de presos provisórios no Brasil são os componentes de um cenário problemático e complexo. Ele revela a necessidade de ruptura com os modelos de gestão e de política criminal ultrapassados, e que são o terreno fértil para a proliferação de violações aos direitos humanos.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> DE MORAES, Alexandre Rocha Almeida. Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do Direito Penal. Curitiba. Juruá. 2009. p.234

<sup>27</sup> CNJ. Relatório de Gestão Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário 2017. Pág 27 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>> Acesso em: 15 de março de 2018.

Hoje um debate muitíssimo interessante tem sido travado em nosso Supremo Tribunal Federal a respeito da Teoria de Coisa Inconstitucional através do julgamento da medida cautelar em sede de ADPF onde determinado partido político com representação no congresso impetrou este a fim de que se declare o sistema penitenciário brasileiro no chamado Estado de Coisa Inconstitucional. Nesta discute-se a inviabilidade de se manter um sistema penitenciário totalmente sucateado, sem condições dignas de encarceramento – se assim podemos dizer -, discutindo o descaso da superlotação dos presídios sejam estaduais ou federais.

Em linhas gerais, o Supremo conheceu da ADPF, admitindo que o sistema penitenciário é uma das maiores formas de violação dos direitos humanos, sendo estes os presos que tem sua dignidade humana violada dia após dia, sem um mínimo de observância as garantias fundamentais que lhes conferem.

Segundo Relatório Expedido pela CPI do Sistema Carcerário temos:

A falta de espaços adequados aos custodiados, como celas individuais e coletivas, além de pátios separados, proporciona a propagação de doenças e a corrupção, sendo a primeira porta para as facções criminosas terem influência sobre os custodiados. A segurança dos estabelecimentos normalmente é frágil, por serem mal projetadas e superlotadas, facilitando, inclusive, o resgate de presos.

Conforme presenciado pelos membros da CPI, a insegurança da população circunvizinha e dos funcionários é enorme, além de manter os encarcerados em condições desumanas.<sup>28</sup>

Em síntese, podemos dizer que se instaura um Estado de Coisa Inconstitucional quando a Corte Suprema declara que as violações aos direitos e garantias fundamentais, sejam elas por omissão ou até mesmo pela má prestação da tutela, são de fato gravosas violando os preceitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

A missão do Direito Penal é bem outra: é exercer a função criativa nas balizas da norma incriminadora, é infundir, em relação a determinadas normas punitivas, o sopro social; é zelar para que a lei ordinária nunca elimine o núcleo essencial dos direitos do cidadão; é garantir a ampla e efetiva defesa, o contraditório e a isonomia de oportunidades, favorecendo o concreto exercício da função da defesa;

<sup>28</sup> CNJ. Relatório de Gestão Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário 2017. Pág 28 e 29 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>> Acesso em: 15 de março de 2018

é invalidar provas obtidas com a violação da autonomia ética da pessoa; é livrar-se do círculo fechado do dogmatismo conceitual, abrindo-se ao conta-das demais ciências humanas e sociais; é compatibilizar o Estado de Direito com o Estado social que lhe é subjacente; e, em resumo, ser o garante da dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo.<sup>29</sup>

Assim podemos começar a vislumbrar um possível grande passo por nossos tribunais superiores no entendimento que a prisão deixou – na verdade nunca foi – um meio ressocializador, onde conduz o apena ao entendimento de conscientização, proporcionando-lhe naquele espaço uma reflexão e condições para poder voltar ao seio social totalmente habilitado para viver entre os seus pares.

Há de convir que dada as situações logísticas das estruturas carcerárias, temos que o magistrado em sua atuação, impondo uma prisão pena a ser cumprida, acaba por sentenciar ao réu um cumprimento deveras mais gravoso. Compreende-se que não cabe ao magistrado realizar a dosimetria já considerando que o executivo não tomará as devidas providências cabíveis, porém, ao não observar compele ao apenado o cumprimento de uma medida cruel e degradante.

#### **4. O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO GARANTISTA NA ESFERA PROCESSUAL PENAL**

Como bem conhecemos, o direito é um universo, que surge numa tentativa de regular o comportamento humano em sociedade, e para tanto vale-se de estruturas que o sustentem enquanto ciência.

Assim, nos dizeres de Luigi Ferrajoli:

O direito é uma construção humana e pode elaborar ele mesmo condições e critérios de justificação das decisões por ele admitidas como válidas. Precisamente, o direito é um universo lingüístico *artificial* que pode permitir, graças à estipulação e à observância de técnicas apropriadas de formulação e de aplicação das leis aos fatos julgados, a fundamentação dos juízos em decisões sobre a verdade, convalidáveis ou invalidáveis como tais, mediante controles lógicos e empíricos e, portanto, o mais possível subtraídas ao erro e ao arbítrio.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série ação parlamentar; n. 384), disponível em <file:///C:/Users/biblioteca/Downloads/cpi\_sistema\_carcerario.pdf> Acesso em: 18 de abril de 2018.

<sup>30</sup> CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). Direito penal e funcionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pág. 207.

Dadas as complexidades sociais e a gigantesca demanda imputada ao judiciário, qual tem o direito como principal ferramenta, perpassa pelo julgador da causa, muitas vezes, tapar os buracos deixados pela omissão do poder executivo e muitas vezes pelo legislativo, nesse sentido aponta o professor Marinoni:

De fato, quando se tem consciência teórica de que a decisão nem sempre é resultado de critérios previamente normatizados, mas pode constituir regra, fundada em elementos que não estão presentes na legislação, destinada a regular um caso concreto, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a decisão judicial. A segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à decisão; essa é responsável pela previsibilidade em relação ao direito, e, portanto, tem que contar com estabilidade (MARINONI, 2012).<sup>31</sup>

Como bem sabemos, as consequências práticas advindas de uma decisão judicial tangenciam a extremamente delicadeza, diante disto, vem sendo constantemente enfrentado pelo STJ e STF, a exemplo do Resp 1.389.952 – MT e do RE 592.581 e ADPF 347, respectivamente.

Ambos tribunais são uníssonos no entendimento da legitimidade do poder judiciário impor a Administração pública a implementação de políticas públicas, como por exemplo, a obrigação do ente a realizar obras, tomando medidas de urgência a fim de garantir as condições de sobrevivência dos detentos.

Ocorre que esta é uma forma de instrumentalizar o garantismo processual, o judiciário atuando de modo ativista, promovendo a efetivação dos direitos e garantias fundamentais daqueles que se assistem nos estabelecimentos penitenciários.

Nos dizeres de Aury Lopes, temos:

Dentro dessa íntima relação entre o Direito Penal e o processo penal, deve-se apontar que ao atual modelo de Direito Penal mínimo, corresponde um processo penal garantista. Só um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial, pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade do poder.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.56.

<sup>32</sup> MARINONI, Luiz Guilherme et al. *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 577-597.

Essa intervenção do judiciário, via processo judicial, surge tendo em vista a incompatibilidade com os mandamentos constitucionais que asseguram o mínimo existencial à todos. Ocorre que a ausência de assistência, desde da mais básica, para além de violar os mais basilares objetivos do Estado Democrático de Direito, passa por cima das Leis Infraconstitucionais, tais como a Lei de Execuções Penais.

Diante desse quadro, onde a omissão do Poder Público fere os preceitos constitucionais, insurge a expressão trazida pela Corte Constitucional da Colômbia, qual seja o “Estado de Coisas Inconstitucional”, qual vem legitimando a atuação ativista do judiciário como uma forma de proteção a dignidade dos grupos vulneráveis.

Nesse sentido o Ministro do Supremo, Luiz Roberto Barroso já se posicionou:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.<sup>33</sup>

Note-se que o ideal defendido por Barroso, está em consonância com o que apregoa Robert Alexy o que seria uma relativização do Princípio da Separação dos Poderes não podendo este ser uma máxima, visto que há uma necessidade de um trato mais específico para com a tutela de garantias e direitos e garantias fundamentais.<sup>34</sup>

A chegada de tais demandas ao judiciário têm sido cada vez mais comum. Não obstante, tem o poder público recorrido das decisões em primeira instância, alegando por vezes a incapacidade econômico-financeira da máquina pública ou a interferência em competência do Executivo.

Nesta senda, em grau de recurso tem o STF posicionando-se declarando a óbvia inconstitucionalidade pautada na omissão da Administração Pública em não promover meios para proteção dos seus custodiados. Ocorre que, para alguns, a exemplo do professor Lênio Streck que combate a ideia do ativismo judicial denominando-o de Solipsismo Judicial, não poderia o Supremo declarar inconstitucionalidades de fatos mas sim de normas jurídicas, à saber:

---

<sup>33</sup> LOPES, JR. Aury. A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal. p.02

<sup>34</sup> BARROSO. Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. p.06

Mas, atenção. É por isso mesmo que, com a vênia da decisão do STF (ADPF 347) e dos que defendem a tese do ECI, permito-me dizer: o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica — vista de forma cindida — sob a qual elas incidem. Portanto, minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída. Receio pela banalização que ela pode provocar.<sup>35</sup>

Com a máxima vênia ao entendimento do autor acima mencionado, não há qualquer vício quando tal análise realizada pelo STF, visto que embora tenha se utilizado a expressão “Estado de Coisas Inconstitucional” o que se buscava era reparar uma lesão de preceito fundamental por ato do poder público, essência da ADPF 347.

Nos restringir a tal pensamento seria uma clara violação ao Princípio da vedação ao retrocesso, visto a necessidade de efetivação material do previsto na constituição. Estar escrito na Carta Magna não é suficiente, devendo existir meios para a sua concretização, e sendo o caso de omissão do poder público, é dever não só do judiciário, mas de todos zelar para que seja sanado.

Nesse sentido apregoa Luigi Ferrajoli:

O problema do garantismo penal é elaborar tais técnicas no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático. Estas técnicas - que correspondem a outros tantos limites, garantias ou condições de legitimidade do exercício do poder judicial.<sup>36</sup>

Assim, temos que o deve-se pensar o garantismo penal não apenas em seu campo teórico, mas sim seu impacto no campo prático, onde de fato materializam-se tais condições.

#### **4.1- O ativismo judicial considerado em seus pesos e contrapesos**

Tendo em vista que o judiciário tem como uma de suas funções a de interpretação das normas garantidoras, para que assim possa assegurar os direitos daqueles acometidos ao seu julgamento, existe o ativismo judicial, que nada mais é

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

<sup>36</sup> STRECK, Lênio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma Nova forma de Ativismo. P.04

uma forma de que o Judiciário possa garantir a plena execução das decisões por ele impostas, visando o cumprimento destas, uma vez que o poder público torna-se omissos para com suas funções.

Como exemplo do explanado, podemos ver o caso do sistema carcerário brasileiro, que foi assunto da ADPF 347, onde fora discutido a forma como o Poder Executivo vem deixando de cumprir com suas obrigações para com os indivíduos existentes no sistema penitenciário, pois estes estão desprovidos de uma estrutura que possa atender até mesmo as suas necessidades básicas, faltando o essencial para a existência de qualquer ser humano com o mínimo de dignidade possível.

As pessoas olham o sistema penitenciário e frequentemente fecham os olhos na crença de que jamais passarão por aquilo. Essa é a pior forma de insensibilidade nessa vida, que ocorre quando a gente tem certeza de que não vai passar por aquela situação. E, assim, a gente perde a empatia, perde a humanidade na capacidade de se colocar no lugar do outro. (ADPF 347, pág 71) <sup>37</sup>

As pessoas têm dignidade pelo que elas são e não pelo que elas fazem, como bem colocado o voto do Ministro Luiz Roberto Barroso, em votação da ADPF 347, onde o mesmo fala que:

(...) as pessoas têm dignidade pelo que elas são, pela sua condição humana. E, assim, esse desprezo de tratar essas pessoas como se fossem lixo humano é uma forma de negar a elas dignidade. Desse modo, as pessoas foram condenadas a serem presas. E, em certos casos, devem permanecer presas. Mas não foram condenadas a sofrerem violência física, a sofrerem violências sexuais, a não terem sabonete, pasta de dente, escova de dente, papel higiênico, nem lugar para fazer as suas necessidades básicas (...) <sup>38</sup>

Pois bem, neste caso, o poder executivo, que deveria ser garantidor da dignidade mínima para estes indivíduos, não o faz, deixando assim de garantir o princípio fundamental da nossa Carta Magna, qual seja o da dignidade da pessoa humana. Tratando-os assim como “lixo humano”, como bem falado no voto do Ministro Barroso, pois ninguém deveria passar por esta situação.

Nos dizeres do Relator da mencionada ADPF, temos:

---

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal . São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002,p.56.

<sup>38</sup> STF, ADPF 347, Relator Ministro Marco Aurélio, Publicada em 09/09/2015, pág 71.

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.<sup>39</sup>

Ocorre que, não apenas de hoje, mas de sempre, os estabelecimentos prisionais e também as delegacias que abarcam alguns excepcionais, não oferecem condições mínimas à existência humana, nem mesmo para o trabalho dos servidores que li atuam.

Ainda nos dizeres do Relator Ministro Marco Aurélio:

Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas.

As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo.<sup>40</sup>

Com isso, com a omissão do Poder Executivo de cumprir sua função como garantidor desse princípio fundamental, o Judiciário fora obrigado a pressionar que o Poder Executivo crie políticas públicas para que assim possa garantir esse princípio fundamental.

Motivo este de grande discussão, pois sabemos que pelo fato dos poderes serem “independentes e harmônicos entre si”, segundo nossa Constituição, a uma grande resistência pela parte do Poder Executivo de receber uma “ordem” do Poder Judiciário.

Conforme apregoa o Ministro Marco Aurélio em sua relatoria na ADPF:

---

<sup>39</sup> STF, ADPF 347, Relator Ministro Marco Aurélio, Publicada em 09/09/2015.

<sup>40</sup> STF, ADPF 347, Relator Ministro Marco Aurélio, Publicada em 09/09/2015.

No sistema carcerário brasileiro, conforme já consignado, são violados diversos preceitos constitucionais: o da dignidade da pessoa humana e vários direitos sociais no patamar do mínimo existencial. Promove-se, indiretamente, o aumento da criminalidade.<sup>41</sup>

Nesse contexto é possível identificar a violação a inúmeros diversos legais, quais sejam: i) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF); ii) a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante previsto no art. 5º, III); iii) a vedação da aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, alínea “e”); iv) o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII); v) a integridade física e moral (art. 5º, XLIX); e também vi) o direito à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (art. 6º).

Nos dizeres do Relator da ADPF citada, senhor Ministro Marco Aurélio, temos a confirmação que a matéria ora questionada já fora anteriormente reconhecida por este tribunal onde entendeu-se quanto a possibilidade de o Poder Judiciário obrigar entre da federação a realizar políticas públicas, vejamos:

Tem-se o Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual o Tribunal assentou, sob o ângulo da repercussão geral, a possibilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e os estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária, constatada violação da dignidade da pessoa humana e inobservância do mínimo existencial dos presos.<sup>42</sup>

Enfim, vemos que o ativismo judicial é o exercício do Judiciário para além das suas funções constitucionais, além dos limites impostos pelo nosso ordenamento, resolvendo assim, conflitos de interesses e conflitos normativos.

#### **4.2- Intervenção do judiciário na esfera de Competência do Poder Executivo**

É cediço que os poderes aclamados em nossa Carta Magna são “harmônicos e independentes entre si”, quais sejam: o Executivo, Legislativo e Judiciário. Estes padecem de uma setorização quanto às suas funções típicas, sendo quase uma máxima a vedação de que um poder se insurja sobre o outro.

---

<sup>41</sup> STF, ADPF 347, Relator Ministro Marco Aurélio, Publicada em 09/09/2015, pág 24.

<sup>42</sup> STF, ADPF 347, Relator Ministro Marco Aurélio, Publicada em 09/09/2015, pág 35.

Representa o fundamento político da divisão de poderes, da independência do Poder Judiciário e de sua sujeição somente à lei. A função judicial, e particularmente a penal, difere assim de todas as demais funções do Estado, porque é uma atividade cognitiva, onde as escolhas e as decisões vêm justificadas por critérios pragmáticos e subjetivos, mas sempre relacionados, como qualquer outra forma de conhecimento, à busca da verdade objetiva.<sup>43</sup>

Ocorre que para além de uma separação lógica de atuação de cada esfera, nosso ordenamento, positivado pelo legislador constituinte e embasado na vontade popular, apontou importâncias outras mais precipuamente na esfera processual penal, como o dever do Estado em garantir a integridade física e moral dos apenados, a vedação de penas cruéis, a assistência jurídica aos que não padecem de recursos e etc.

Não nos passa despercebido que o Estado – leia-se , Poder Executivo – através e algumas políticas públicas e a atuação do Ministério da Justiça, atua na tentativa de implementar diretrizes quanto ao controle de aplicação da LEP , por exemplo, através do seu órgão Executivo, o Departamento Penitenciário Nacional-DEPEN que atua em conjunto com o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP.

Contudo, não é suficiente ter recursos no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN ou ter boas diretrizes emanadas da Política Penitenciária Nacional. Cabe ao judiciário, provocado em sua maioria pelos Ministérios Públicos, velar pela imediata promoção e proteção dos direitos e garantias àqueles que, sequer são assistidos nos estabelecimentos prisionais de assistência jurídica contínua.

Para efeitos de efetivação destes direitos cotidianamente violados, como superlotação, insalubridade, más condições de sobrevivência, tem o judiciário assumido o papel de um verdadeiro ativista, zelando pela dignidade da pessoa humana. No entanto, ter assumido este papel garantista, para muitos, é invadir a esfera da competência do poder executivo, muitas vezes obrigado pelo judiciário a tomar determinada medida emergencial, como por exemplo a reforma de presídios, construções de pavilhões e etc.

Nos dizeres do Relator Ministro Marco Aurélio, temos:

---

<sup>43</sup> STF, ADPF 347, Relator Ministro Marco Aurélio, Publicada em 09/09/2015.

Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resulta na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes.

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral.<sup>44</sup>

Assim, considerando o atual quadro Estado de Coisas Inconstitucional em nossos estabelecimentos prisionais, reconhecidamente apontado no julgamento da ADPF 347 pelo nosso STF, o que sedimentou o ativismo judicial no garantismo processual penal, propõe-se analisar neste trabalho a atuação incisiva dos Tribunais Superiores como uma forma da preservação e promoção dos direitos e garantias fundamentais daqueles que se submetem ao sistema processual penal, mais pontualmente ao que tange à comunidade carcerária.

#### **4.3- A edição de Políticas públicas voltadas à concretização dos valores e fins constitucionais**

Como bem sabemos, compete ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas que atuem na promoção da dignidade humana da população carcerária. Estejamos atentos que esta atuação não se limita apenas aos cuidados na preservação da integridade física e moral, mas sim na clara possibilidade de atribuir aos detentos uma pena muito além daquela que lhes fora imposta, devido as condições do estabelecimento.

---

<sup>44</sup> (FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal . São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002,p.56.)

Nesse sentido, segundo o voto do Ministro Herman Benjamin no Recurso Especial nº 1.389.952 - MT (2013/0192671-0) temos:

Nessas circunstâncias – em que o exercício da discricionariedade administrativa pelo não desenvolvimento de determinadas políticas públicas acarreta grave vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição – a intervenção do Poder Judiciário se justifica como forma de implementar, concreta e eficientemente, os valores que o constituinte elegeu como "supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social", como apregoa o preâmbulo da nossa Carta Republicana.<sup>45</sup>

A atual situação é de risco e desumanidade, onde o Estado deveria tomar as medidas para sanar as irregularidades, uma vez que lhe compete tal responsabilidade, inclusive constitucionalmente aventada. Como não tem havido resposta objetiva, se viu no Poder Judiciário uma oportunidade de tentar efetivar as garantias propostas na Constituição e Leis Infraconstitucionais.

Ainda nos dizeres do Relator da mencionada ADPF:

Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático.<sup>46</sup>

Contudo, algumas teses, no âmbito dos doutrinadores, têm se levantado, como a defesa de que há latente ofensa ao princípio da Separação dos Poderes uma vez que não poderia o judiciário obrigar o Poder Executivo (Administração Pública) tomar medidas de urgência, como já mencionado acima (reformas e construções em estabelecimentos prisionais). Uma outra vertente bastante alegada pela Administração Pública é a suposta incapacidade econômico-financeira da máquina pública, o que inviabilizaria tais reformas e construções.

Conforme entendimento já firmado na corte do STJ, delineado no julgado do AgRg no REsp 1107511/RS, também de relatoria do Ministro Herman Benjamin, temos:

---

<sup>45</sup> STF, ADPF 347, Relator Ministro Marco Aurélio, Publicada em 09/09/2015, pág 31.

<sup>46</sup> STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.389.952 - MT (2013/0192671-0), RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Na verdade, aqui o Judiciário está impondo o cumprimento das normas penais, de execução e administração penal contempladas na legislação de regência. A atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se pode dar de forma indiscriminada, pois, isso sim, violaria o princípio da separação dos poderes. No entanto, quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada, razão pela qual não há falar-se em ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.<sup>47</sup>

Independente dos posicionamentos contrários, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima, pois sua atuação tem servido de instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada nos estabelecimentos prisionais, razão pela qual não há qualquer ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

É dever constitucional do Estado oferecer pelo menos o mínimo existencial, reflexo do ideal do Estado Democrático de Direito, promovendo condições adequadas e o bom funcionamento das unidades prisionais, tudo em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito a integridade do preso, tudo conforme art. 5º da CRFB.

Nesse sentido o Ministro Herman Benjamin no Recurso Especial nº 1.389.952 - MT (2013/0192671-0) apontou:

Não deixo de reconhecer que as limitações orçamentárias são, realmente, entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada, sobretudo quando estiver em jogo direitos associados à própria vida e à integridade física. Não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para o Estado brasileiro. Na Alemanha, p. ex., onde o tema da reserva do possível se coloca de maneira proeminente, os cidadãos já dispõem do mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> STF, ADPF 347, Relator Ministro Marco Aurélio, Publicada em 09/09/2015, pág 32.

<sup>48</sup> STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.389.952 - MT (2013/0192671-0), RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN, fls 139.

Numa tentativa de esvair-se da obrigação do cumprimento do mínimo existencial, os entes públicos buscam argumentos na teoria da reserva do possível, e nesse sentido o Ministro Herman Benjamin mais uma vez:

Aqui, ainda não foram asseguradas, à maioria dos cidadãos, condições básicas para uma vida digna. Neste caso, qualquer pleito que vise a fomentar existência minimamente decente não pode ser encarado como sem-razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode, mecanicamente, ser oposto ao princípio do mínimo existencial.<sup>49</sup>

Note-se que o discurso de incapacidade econômico-financeira da Administração Pública é insustentável, tendo em vista, que a arrecadação para o Fundo Penitenciário tem recursos muito além. Sendo assim, havendo diretrizes e recursos, porém sendo estes inefetivos pela inexistência de políticas públicas, inexistente empecilho para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente.

Continua o Ministro Herman Benjamin neste mesmo julgado:

Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá pensar, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Claro, se não se pode cumprir tudo o que assegurado pela Constituição, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos esse piso basilar de direitos essenciais à vida, entre os quais, sem a menor dúvida, há de se incluir padrão mínimo de dignidade às pessoas encarceradas em estabelecimentos prisionais.<sup>50</sup>

A discricionariedade da Administração Pública em criar políticas públicas acaba por deixar vulnerável os direitos e garantias fundamentais daqueles que submetem-se ao sistema penitenciário. Logo, a intervenção do Poder Judiciário de maneira ativista, tem se justificado como forma de implementar, o garantismo processual penal, de forma concreta e eficiente, diante da omissão do poder executivo.

Nos dizeres de Luigi Ferrajoli:

---

<sup>49</sup> STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.389.952 - MT (2013/0192671-0), RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN.

<sup>50</sup> STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.389.952 - MT (2013/0192671-0), RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN.

Estando assim as coisas, o caráter político da atividade judicial não é fruto de uma opção ideológica ou deontológica, mas uma dado de fato, ligado aos defeitos de garantias e às imperfeições estruturais, diversamente presentes em todos os ordenamentos penais positivos.<sup>51</sup>

(...)o garantismo não tem nada que ver com o legalismo e o liberalismo. Pelo contrário, inclui a crítica à ideologia mecanicista da aplicação da lei. Com efeito, porque em nenhum sistema o juiz é uma máquina automática, concebê-lo como tal significa fazer dele uma máquina cega, presa da estupidez ou, pior, dos interesses e dos condicionamentos de poder mais ou menos ocultos e, em todo caso, favorecer sua irresponsabilidade política e moral.<sup>52</sup>

Assim, compreende-se que a atuação do magistrado de forma ativista com a finalidade de atingir a efetivação de direito e garantias expostas nos dispositivos legais, e comprovada sua violação no campo prático por entes outros, do ponto de vista teórico, em nada fere o ideal de independência e harmonia dos poderes.

---

<sup>51</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.135.

<sup>52</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.140.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Insta demonstrar que o que se pretendeu aqui demonstrar é que não há o que se falar em total discricionariedade do Poder Público em implementar políticas públicas e sim, em uma vinculação objetiva às previsões constitucionais e infraconstitucionais, tendo em vista o previsto no art. 203 da Lei de Execuções Penais que ofertou prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação da Lei, para as Unidades Federativas projetarem a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos.

As influências doutrinárias trouxeram o que conhecemos como o sistema adotado para a interpretação por parte dos poderes, do que vem a ser e de como atua um Estado Democrático de Direito. Assim, pautados nessa reflexão progressista, os magistrados no âmago do exercício de seu ofício, valeram-se não apenas da norma seca prevista na lei, mas dos princípios abstratos a serem efetivados por essa norma.

Em um segundo momento, temos a reflexão do Direito Penal do Inimigo e breves comentários sobre a atual condição do Sistema Carcerário Brasileiro. Aqui observou-se que dada a interpretação concebida pelos poderes do Executivo, legislativo e judiciário, é notável que há resquícios de um direito criado para os que não cometem crimes e outro para os que cometem. Utilizando-se da brilhante concepção do professor Gunther Jakobs, delineou-se a clara existência no direito contemporâneo, embora dito Democrático e de Direito, previsões normativas que fundam o direito penal do inimigo.

Ademais, partindo dessa ideal de direito penal do inimigo que vem em muito arraigado no ordenamento que emana do poder legislador, temos a escancarada atuação judiciária de forma ativista, utilizando-se de critérios garantistas para proporcionar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais violadas pelo poder executivo. Em sua defesa alega o executivo a impossibilidade de ver cumpridas tais obrigações dada a dotação orçamentária reduzida, e que estaria o judiciário invadindo a competência do poder executivo uma vez que o obrigara a criar políticas públicas para suprir tais omissões.

Assim, compreende-se que a atuação ativista do judiciário, não fere o princípio da separação dos poderes nem mesmo faz do judiciário assumir posição de

legislador, mas sim, pautados numa interpretação garantista das normas e princípios constitucionais, faz valer dando-lhes eficácia, não apenas formal, mas também material.

Deixe-se claro, que cada poder tem sua função precipuamente típica e atípica, contudo, como há clara infringência às normas infra e constitucionais, compreende-se que a violação da norma parte do executivo que deixa de cumprir sendo omissos proporcionando a população carcerária um cumprimento de penas cruéis e degradantes.

Assim, clara a ideia de que o apenado está em custódia do Estado, leia-se Poder Executivo, resta clara a atuação do judiciário para salvaguardar um cumprimento de pena nos moldes da legislação em vigor, conforme a Lei de Execução Penal.

Diante do exposto, o atual estado dos nossos estabelecimentos prisionais, legitima o ativismo judicial no garantismo processual penal, como uma forma da preservação e promoção dos direitos e garantias fundamentais daqueles que se submetem ao sistema processual penal, mais pontualmente ao que tange à comunidade carcerária.

## REFERÊNCIAS

- AMADO, Juan Antônio Garcia. **A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann**. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.). Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Constituição. Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk e CADEMARTORI, Sérgio. **A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli**. **Revista sequência**. Revista Sequência, nº 53.
- CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CNJ. **Relatório de Gestão Supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário 2017**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>> Acesso em: 15 de março de 2018
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Estado de Direito**. Disponível em <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em 25 de dezembro de 2017.
- CONDE, Francisco Muñoz. **As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em2003: da Tolerancia Zero' ao 'Direito Penal do Inimigo'**. Tradução de Themis Maria Pacheco de Carvalho . Revista Eletronica de Ciência Jurídica. Disponível em: [www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp](http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp). Acesso em 08 fev. 2018.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2010
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Wilson. **A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política.** Revista fronteiras- estudos midiáticos. Porto Alegre: 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte geral.** Editora Impetus, 13ª edição, 2011. Niterói, RJ, 2011

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

JAKOBS, Gunther. **Ciência.** Barueri. Manole Jurídico. 2003.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.** 6 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2012.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, JR. Aury. **A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal.**

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 1 v.

LYNETT, Eduardo Montealegre. **Introdução à obra de Günther Jakobs.** Tradução de André Luís Callegari. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). **Direito penal e funcionalismo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1996. t. I. p. 67

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do Inimigo: terceira velocidade.** Curitiba. Juruá. 2009. p.191.

STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191

STF, ADPF 347, Relator Ministro Marco Aurélio, Publicada em 09/09/2015.

STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.389.952 - MT (2013/0192671-0), Relator Min. Herman Benjamin.