

---

**FACULDADES INTEGRADAS  
"ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO"**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO COMO ELEMENTO  
LIMITADOR DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Alice Linares de Oliveira Scandelai

**FACULDADES INTEGRADAS  
"ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO"**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO COMO ELEMENTO  
LIMITADOR DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Alice Linares de Oliveira Scandelai

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP  
2012

# **O PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO COMO ELEMENTO LIMITADOR DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Monografia aprovada como requisito  
parcial para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito.

Rodrigo Lemos Arteiro  
Orientador

Jurandir José dos Santos  
Examinador

Maria Fernanda Fávero de Toledo Pinheiro  
Examinadora

Presidente Prudente, 26 de outubro de 2012

“O temor do senhor é o princípio da sabedoria”.

(Provérbios 9:10)

Dedico esse trabalho aos meus pais Ilário e Cirlei  
por me amarem incondicionalmente.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus, pois se não fosse por Ele, jamais realizaria nenhum de meus feitos, pelas bênçãos constantes em minha vida e principalmente por seu o meu alicerce em todos os momentos.

Agradeço aos meus amados pais, Ilário e Cirlei pelo amor incondicional deles para comigo, por sempre me apoiarem e estarem ao meu lado, pela motivação carinho e por sonharem meus sonhos juntos, mas principalmente por sempre acreditarem em mim. Agradeço imensamente a eles, por todo ensinamento, estrutura, valores e princípios que ciência alguma poderia me ensinar.

A minha irmã Aline, que alegra todos os meus dias, pelo seu humor, companheirismo e cumplicidade, por me fazer rir, e sempre estar ao meu lado dizendo que tudo vai dar certo.

Ao meu irmão André, pelos nossos momentos de brincadeiras, por tornar a minha vida mais divertida, por ser tão atencioso, e por saber que sempre estará presente para me ajudar.

As amigas de sala por tornar meus anos de faculdades momentos inesquecíveis, pelas noites jamais serem as mesmas, pelo aprendizado trocado e pela verdadeira amizade que se firmou. Como também às amigas, que desde sempre estiverem presentes em minha vida, me apoiando na escolha do curso e até mesmo por entenderem os momentos sacrificados em prol dele. A vocês verdadeiras amigas, que são as de sempre e que serão as de para sempre.

Ao meu orientador, Professor Rodrigo Lemos Arteiro, do qual através de suas aulas e de sua didática me incentivou ao tema, pela sua paciência e prontidão a sempre tirar dúvidas e por quem tenho grande admiração.

Ao Professor Jurandir José dos Santos, por ter aceitado o convite de participar dessa banca, do qual tenho grande contemplação como profissional em sua carreira jurídica como também em seu magistério, mas principalmente como pessoa.

A Dra. Maria Fernanda, que tem se tornando grande inspiração para mim, pela excelente profissional que é e, também pela maravilhosa pessoa, da qual eu a tenho em grande estima. Obrigada pela compreensão na reta final da minha conclusão desse trabalho e, por ter aceitado tão de prontidão o convite para estar presente na banca.

Agradeço a todos os professores da instituição Toledo, pois sem eles a minha formação para esse trabalho não seria possível.

E ainda agradeço a todos que de alguma forma me ajudaram de forma direta e indiretamente.

## RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo apresentar o Princípio Contramajoritário, como um elemento da qual o Poder Judiciário possa se utilizar para limitar a idéia surgida pelo doutrinador Günter Jakobs, na qual se trata do Direito Penal do Inimigo. Idéia essa não prevista expressamente em nosso ordenamento jurídico, mas que pode ser encontrados vestígios ainda que não pacificado. Analisam-se os fatos que desde muito tempo vem o ordenamento brasileiro adquirindo direitos para que o cidadão possa ter uma tutela baseada no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, devendo, entretanto limitar de várias formas, o poder que o Estado possui de punir seus infratores. Através do Princípio do Direito Penal do Inimigo, pode se pensar em ele ser utilizado nos casos de ocorrer crimes graves, devendo para esses casos ser pautado em uma certeza, para que não ocorra violação para com inocentes. Por ser o Poder Judiciário autônomo, caberia tão somente a ele, a verificação e a aplicação desse princípio.

**Palavras-chave:** Direito Penal do Inimigo. Contramajoritarismo. Estado. Poder Judiciário. Princípios.

## **ABSTRACT**

This research aims to present the Principle of Counter-majoritarian difficulty, as a member of the Judiciary which can be used to limit the idea emerged at indoctrinator Günter Jakobs, where it comes to the Criminal Law of the Enemy. This idea is not expressly provided for in our legal system, but can be found traces still not pacified. We analyze the facts that had long been acquiring the Brazilian legal rights for citizens to have a guardianship based on the Principle of Human Dignity and should, however limited in several ways, the power that the state has to punish their offenders. Through the Principle of Criminal Law of the Enemy, can think of it being used in cases of serious crimes occur, for these cases should be guided by a certainty, that no violation occurs towards innocent. Because the judiciary independent, as would fit only him, verification and application of this principle.

**Keywords:** Criminal Law of the Enemy. Counter-majoritarian Difficulty. State. Judiciary Power. Principles.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	Erro! Indicador não definido.
<b>2 JURISDIÇÃO NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	Erro! Indicador não definido.
2.1 Dos Princípios da Jurisdição .....	Erro! Indicador não definido.
2.1.1 Princípio do Juiz Natural .....	Erro! Indicador não definido.
2.1.2 Princípio da Inevitabilidade .....	Erro! Indicador não definido.
2.1.3 Princípio da Indeclinabilidade.....	Erro! Indicador não definido.
2.1.4 Princípio da Indelegabilidade .....	Erro! Indicador não definido.
2.1.5 Princípio da Improrrogabilidade.....	Erro! Indicador não definido.8
2.1.6 Princípio da Correlação .....	Erro! Indicador não definido.
2.1.7 Princípio da Definitividade .....	Erro! Indicador não definido.
2.1.8 Princípio da Investidura .....	Erro! Indicador não definido.0
2.1.9 Princípio do Devido Processo Legal.....	Erro! Indicador não definido.
2.1.10 Princípio da Inércia.....	Erro! Indicador não definido.
2.2 Da Divisão da Jurisdição .....	Erro! Indicador não definido.
2.3 Da Competência .....	Erro! Indicador não definido.
2.4 Da Atuação do Juiz Criminal .....	Erro! Indicador não definido.
2.5 Do Poder de Punir do Estado .....	Erro! Indicador não definido.
2.6 Do Princípio da Proporcionalidade .....	Erro! Indicador não definido.
2.7 Da Proibição de Excesso .....	Erro! Indicador não definido.
2.8 Da Proibição da Proteção Deficiente .....	Erro! Indicador não definido.
<b>3 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS</b> .....	Erro! Indicador não definido.
3.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão.....	Erro! Indicador não definido.
3.2 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão .....	Erro! Indicador não definido.2
3.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão.....	Erro! Indicador não definido.
3.4 Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão.....	Erro! Indicador não definido.5
3.5 Dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais ...	Erro! Indicador não definido.
3.6 Dos Tratados Internacionais .....	Erro! Indicador não definido.39
3.6.1 Dos Tratados de Direitos Humanos.....	Erro! Indicador não definido.0
<b>4 DA DIVISÃO DOS PODERES</b> .....	Erro! Indicador não definido.
4.1 Do Sistema de Freios e Contrapesos .....	Erro! Indicador não definido.3
4.2 Das Funções Típicas e a Típicas .....	Erro! Indicador não definido.4
<b>5 DO PRINCÍPIO MAJORITÁRIO</b> .....	Erro! Indicador não definido.

5.1 O Estado Democrático de Direito..... Erro! Indicador não definido.  
5.2 A Democracia e a Soberania Popular ..... Erro! Indicador não definido.

**6 DO PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO.** Erro! Indicador não definido.

6.1 O Papel Contramajoritário e o Ativismo Judicial ..... Erro! Indicador não definido.

**7 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....** Erro!  
Indicador não definido.

**8 DO DIREITO PENAL DO INIMIGO** ..... Erro! Indicador não definido.

8.1 O Inimigo do Estado ..... Erro! Indicador não definido.3

8.2 A Teoria de Günter Jakobs ..... Erro! Indicador não definido.4

8.2.1 Antecipação da Pena ..... Erro! Indicador não definido.5

8.2.2 Relativização ou Supressão dos Direitos e Garantias Erro! Indicador não definido.5

8.2.3 Aplicação de Leis Especifica e Mais Severas ..... Erro! Indicador não definido.

8.3 A Terceira Velocidade do Direito Penal ..... Erro! Indicador não definido.6

8.4 O Direito Penal do Inimigo e a sua Aplicabilidade..... Erro! Indicador não definido.

8.5 O Direito Penal do Inimigo e o Princípio Contramajoritário.. Erro! Indicador não definido.8

**9 CONCLUSÃO** ..... Erro! Indicador não definido.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS** ..... Erro! Indicador não definido.

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um País que prevê inúmeros direitos e Garantias para seus cidadãos, direitos estes assegurados em nossa Constituição Federal, dos quais muitos são cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser retirados e nem alterados para que se diminua tal garantia, apenas podendo modificar-se nos casos em que se for aumentá-los.

Por ser o Poder Judiciário autônomo, tem este uma maior liberdade de aplicar a pena, entretanto, deve todas as suas punições ser devidamente fundamentada, não podendo passar por cima do que regulamenta a Constituição Federal, como nem mesmo as diversas legislações vigentes.

O Princípio Contramajoritário prevê a atuação do Poder Judiciário como uma forma de poder dos magistrados que a aplicam de ir contra a vontade da maioria da vontade da População. Podendo nesses casos julgar conforme seu entendimento, não devendo permitir que seja influenciado pelos motivos que a população encontra para condenar ou absolver o acusado.

Há crimes previstos no ordenamento jurídico penal que fica evidenciado que aquele que o comente, quis agir de forma a causar danos em maiores proporções.

Por volta de 1985, foi apresentado pelo professor Günter Jakobs uma nova idéia de direito penal, sendo intitulado como o Direito Penal do Inimigo. Essa idéia trazia como fundamento a aplicação de penas mais graves e restrições de alguns direitos e garantias para aqueles que cometessem crimes mais violentos e graves, como nos casos de terrorismo.

Essa nova modalidade prevê a possibilidade de restringir as garantias do indivíduo antes mesmo que ele cometesse, como uma forma de assegurar o bem comum. Mas para isso se faz necessário que ele se enquadre em certo tipo de criminoso, no qual seria esse nomeado de o Inimigo do Estado.

O Direito Penal do Inimigo estabelece uma aplicação diferenciada para o Inimigo do estado, entretanto, a aplicação prevista nesse contexto é algo não permitido em nossa Carta Maior e nem em suas legislações esparsas, embora como vai se ver, há algumas exceções.

Porém, poderia se pensar na possibilidade de através do Princípio Contramajoritário, ser possível aplicar de forma que beneficiasse a população em sua maioria com a aplicação de tal instituto.

O que se deve analisar é que, será possível restringir o direito de um pelo bem de mais indivíduos, devendo se buscar uma ponderação.

O método utilizado para essa pesquisa foi o dedutivo, partindo de um conhecimento geral, para se chegar ao específico.

## 2 JURISDIÇÃO NO ÂMBITO PROCESSUAL PENAL

A Jurisdição é uma atividade Estatal, onde através de um devido processo legal, em face de um caso concreto, se busca decidir em razão daquele que se mostra com maior direito. E compete essa atividade ao Estado, pois é este quem mais se encontra em condições de resolver litígios, até mesmo porque é o principal interessado em manter a ordem pública.

Ao estudarmos a origem da palavra Jurisdição, analisamos que ela vem do latim, onde se tira o significado de que: *júris* é “direito”, e *dicere* é “dizer”, ou seja, dizer o direito.

De acordo com Sérgio Bermundes (2006, p. 29) “a jurisdição como tantas outras instituições jurídicas, é produto da experiência da Humanidade, forjada através dos tempos”.

Ao se analisar a antiga história da humanidade, se vê que quem ordenava nos tempos primitivos era a assembléia das tribos. Com o tempo, e as evoluções, passou a ser exercida pelos reis, no qual possuíam direito este que era absoluto, Até que se chegou à necessidade desse poder não estar apenas nas mãos de um só indivíduo, tendo de ser dividida, para que se tivesse uma maior eficácia, e sem dúvida uma maior segurança, para com aquele que dele precisasse.

Além de ser um poder do estado, é a Jurisdição um dever, pois este é quem tem autoridade, condições e mecanismos para resolver os conflitos de interesse que lhe são trazidos para sua análise. Sendo ainda que é este quem pode agir perante as partes, de forma que se tenha uma decisão proferida de forma imparcial, sem vícios, se fazendo assim a justiça.

A Jurisdição se materializa através do processo, com isso, para se chegar ao um efetivo resultado, deve se respeitar cada procedimento estabelecido, ao caso que pretende se ter um resultado. O estado detém o monopólio da Jurisdição, não podendo dessa forma ser dada, nem cedida a um particular, o que no caso se configuraria até mesmo crime, conforme dispõe o art. 345 do Código Penal Brasileiro.

O direito penal é um direito de coação indireta, precisando então da Jurisdição, para que se venha a ser aplicada efetivamente a lei penal.

Há uma grande variedade de conceitos da palavra Jurisdição. Para Rogério Lauria Tucci, (2002, p. 17) “a Jurisdição é segundo generalizado e correto entendimento da doutrina processual, função estatal, específica do Poder Judiciário”.

Para que se haja a Jurisdição, se faz necessário que se tenha instaurado uma lide, e de acordo com o conceito de Galeno Lacerda (2006, p. 10) a lide “é o conflito de interesse público ou particular, a serem compostos pelo processo”. A lide se apresenta quase sempre entre os particulares, contudo, é possível que ela se apresente no conflito que se tenha interesse de ordem pública, e de nenhum particular.

Ao ser levado o conflito entre as parte para o estado, estes buscam que de forma justa e eficaz lhe sejam dado à solução. Para Athos Gusmão Carneiro (2012, p.28), a Jurisdição “é uma atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito concreto”.

O poder de Jurisdição, pertence de regra ao poder judiciário, porem a casos em que se é permitido que os outros poderes possam exercer a jurisdição em seu âmbito.

Por se tratar de uma função que de regra só pode ser exercida perante o caso concreto, se faz necessário que as partes que estão interessadas o provoquem, para que assim ela possa agir não podendo ser alegado inércia.

O simples ato de aplicar a lei, não configura atividade jurisdicional, pois a lei deve ser obedecida por todos, sendo essa uma regra, já a forma de se ter que utilizar do judiciário, para que se tenha o direito efetivo, é o que se caracteriza a atividade jurisdicional, sendo então essa uma exceção.

Pode se dizer, segundo entendimento doutrinário que:

Jurisdição é um poder, função e atividade: como poder, manifesta o poder estatal, como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões; como função, expressa o encargo de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo, através do processo; como atividade, é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função cometida pela lei. (CITRA, GRINOVER E DINAMARCO, 1997, p.60).

Várias são as características da Jurisdição, sendo ela detentora de muitos adjetivos. Podemos, porém citar como principais particularidades: a unidade, secundariedade, imparcialidade, substitutividade, definitividade e lide.

A unidade se refere no sentido de a Jurisdição pertencer de regra “exclusivamente” ao Poder Judiciário, e ele é o detentor de tal direito, tendo ele capacidade e meio para coagir o indivíduo a obedecer. E esse poder é exercido através de seus juizes, podendo estes julgarem de forma monocrática ou, colegiada, dependendo de cada caso.

A secundariedade, diz respeito que deve o Judiciário ser buscado, quando o direito que tem o indivíduo, não estiver mais sendo respeitado.

A imparcialidade é uma das principais características de todo o poder judiciário, pois deve este ser à base do julgamento, esse aspecto prevê que ao ser dada a decisão, deve o magistrado agir de forma coerente ao que se espera, e que não favoreça o sujeito por motivos subjetivos ou ocultos, mas que seja justo, e que seja dada uma decisão livre de qualquer vício.

A substitutividade consiste em que as partes que estão compondo o processo, sejam substituídas pelo Estado que se faz presente no poder judiciário, buscando este materializar o disposto em lei, a fim de se chegar ao um resultado digno.

A definitividade se conceitua no aspecto de que depois de provocada à ação do poder judiciário, esse deve agir e ao final deve ser dada uma sentença definitiva, a qual fará coisa julgada, devendo essa ter caráter de imutabilidade.

A lide, para parte da doutrina tradicional, existe no processo penal, e é elemento essencial, no qual deve estar presente para que se possa exercer efetivamente a Jurisdição, se trata do conflito de interesse entre o particular que tem o direito a liberdade, e o Estado que tem a pretensão de punir, cabendo ao poder judiciário resolver. Porém a outra parte da doutrina que embora menor é muito respeitável, que diz que a lide é acidental, trazendo a idéia de que nem sempre vai

haverá lide, o que sempre vai haver é a pretensão do estado punir. E por último a uma terceira corrente que estabelece que a existência de lide é nula, não existe no processo penal, e que só há a pretensão de punir do estado após a sentença transitar em julgado.

## **2.1 Dos Princípios da Jurisdição**

Os princípios existem para que seja dada uma direção a serem seguidos, eles norteiam para um rumo que seja o mais aceito. E perante uma dúvida ou a incerteza, é neles que devem ser pautado, dando dessa forma uma maior segurança.

Muitos são os princípios que baseiam a jurisdição, servindo eles como pilares, para que se tenha uma fundamentação com maior sustentação, e credibilidade.

Há os princípios explícitos, que são aqueles dos quais estão expressamente descrito no ordenamento jurídico, devendo ser respeitados, e não podendo haver nenhum tipo de violação que vá contra tais entendimentos, e há também os princípios implícitos, que embora não esteja descrito na lei, pode se utilizar deles, pois estes dão norteamento, e apontam para um estado ideal de direito.

Entretanto, dentre vários os princípios que a doutrina trás para o ordenamento jurídico penal, pode-se ter como principais princípios da Jurisdição, dez, sendo estes de grande importância, e devendo ser seguido e observado por aqueles que têm o trabalho de exercer a função jurisdicional que é concedida pelo Estado.

### **2.1.1 Princípio do Juiz Natural**

Por esse Princípio disposto na Constituição Federal no art. 5º, LIII<sup>1</sup>, diz que somente a autoridade que for competente para o caso, é que poderá julgar, ou seja, o individuo tem assegurado que será julgado pelo juiz já estabelecido em lei, dando dessa forma uma maior segurança e estabilidade para com aquele que cometeu o ato ilícito.

E ainda, estabelece a proibição da criação dos chamados tribunais de exceção, como também conhecido como tribunais “ad hoc”, que se trata daqueles tribunais criados após a ocorrência do fato. O que pela nossa Constituição Federal, e expressamente vedada no art. 5º, inciso XXXVII<sup>2</sup>.

Nas palavras de Edílson Mougnot Bonfim (2010. p.52), esse princípio “representa uma vedação a que seja o acusado julgado por um tribunal *ad hoc*, constituído *ex post facto*”

### **2.1.2 Princípio da Inevitabilidade**

Este princípio é também conhecido como o da Irrecusabilidade, e estabelece que não possa as partes não podem se recusar ao juiz que foi designado pelo estado, salvo se for caso de suspeição, impedimento ou incompetência. Hipóteses essas em que se confirmado a existência de umas dessas opções, terá as partes o direito de ter o caso julgado por outro juiz competente.

### **2.1.3 Princípio da Indclinabilidade**

Para este princípio fica garantido o acesso à justiça, conforme dispõe a Lei Maior, em seu art. 5º XXXV<sup>3</sup>. Com isso deixa claro que não será permitido que o

---

<sup>1</sup> Art.5, LIII, Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente

<sup>2</sup> Art.5, XXXVII, Não haverá juízo ou tribunal de exceção

<sup>3</sup> Art.5, A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

indivíduo tenha restrições ao seu direito, quando a lei assim o prevê. Tendo o Poder Judiciário, dar a devida provisão.

Entende Fernando da Costa Tourinho Filho (2008, p. 231), que se trata de “não poder o juiz, de modo geral, subtrair-se ao exercício do seu ministério jurisdicional”.

O juiz tem o dever de proferir sentença, quando for procurado para tomar decisão.

Já para Edilson Mougnot Bonfim (2010, p.54), diz ainda que “liga-se ao princípio da vedação ao *non liquet*: uma vez provocada à jurisdição, uma decisão deverá ser proferida”

#### **2.1.4 Princípio da Indelegabilidade**

O juiz, exceto quando previsto em lei, não pode delegar suas funções a outra pessoa, ou a outro órgão. A Constituição Federal dispõe de toda função do Poder Judiciário, não cabendo dessa forma, a própria pessoa do juiz delegar funções.

Nessa mesma linha de raciocínio, Fernando da Costa Tourinho Filho (2008, p. 231), dispõe que esse princípio “decorre do princípio da indeclinabilidade, isto é, exercendo o poder-dever de julgar, que lhe foi atribuído pela Nação representada, é indubitável de que o Juiz exercer sua função pessoalmente”.

Porém, esse princípio não é absoluto, pois a própria Constituição Federal prevê a possibilidade de, por exemplo, no art. 102, I, m<sup>4</sup>, onde se encontra a possibilidade de haver delegação nos casos forçados do Supremo Tribunal Federal. As Cartas precatórias, embora sejam atualmente muito pouco utilizadas, podem ser também usadas como exemplo da permissão estabelecida em lei onde pode haver delegação. Muito embora em contra partida, há entendimento de que esses atos não se tratam de delegação, e sim requisição para que o juízo deprecado exerça a sua ainda que pequena, parcela de jurisdição.

---

<sup>4</sup> Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, I- Processar e julgar originalmente, m- a execução da sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais.

### **2.1.5 Princípio da Improrrogabilidade**

Não pode e nem deve o juiz invadir a jurisdição de outro magistrado, assim como também, nenhum magistrado deve invadir a sua jurisdição.

Dispõe Edílson Mougnot Bonfim (2009, p.54) que “o juiz somente poderá exercer a parcela da jurisdição que lhe foi atribuída por lei, sendo defeso às partes optarem por um juiz diverso daquele legalmente estabelecido”.

Contudo cabe também a possibilidade de exceção, e há entendimento nesse sentido, sendo afirmado:

Tal princípio, todavia, comporta algumas exceções: a) nos casos de conexão e continência (CPP, arts. 76, 77 e 79); b) na hipótese do art. 74, parágrafo 2º, última parte, do mesmo estatuto; c) no caso do art. 85 do CPP, quando oposta e admitida a exceção da verdade; d) no caso de desaforamento (CPP, art. 424). (TOURINHO FILHO, 2008, P.233)

Esse princípio proíbe que o juiz exerça jurisdição, fora dos limites traçados na lei. E deriva tal princípio, do princípio da Indeclinabilidade.

### **2.1.6 Princípio da Correlação**

É exigido através desse princípio, que haja um vínculo, entre a condenação do sujeito, e a imputação que lhe foi dada.

Também é conhecido como princípio da relatividade, sendo essa uma das principais garantias do direito de defesa, sendo que o réu deve ter o direito de saber do que ele está sendo acusado, e do que deve ele se defender. Contudo, não deve o réu se defender da descrição dada pelo Ministério Público, pelo ofendido ou pelo seu representante, mas sim dos verdadeiros fatos narrados.

Deve-se analisar o art. 383 e 384 do Código de Processo Penal, pois tais artigos dispõem expressamente da possibilidade de alteração do tipo descrito na peça.

O art. 383 do Código de Processo Penal<sup>5</sup>, estabelece que o juiz pode modificar a descrição do fato contido na denúncia ou queixa, podendo este dar outra tipificação, ainda que para isso tenha que aplicar uma pena mais grave para com o acusado.

Já o art. 384 também do referido Código<sup>6</sup>, diz respeito de que com o decorrer do processo, pode acontecer que durante os procedimentos, venham a surgir novos fatos, com novas provas, do quais estes não estavam descrito na acusação, sendo assim, deve o juiz se entender cabível, alterar a tipificação, dando outra definição jurídica.

### **2.1.7 Princípio da Definitividade**

A sentença após o trânsito em julgado deve ser imutável, ou seja, as partes não podem alterá-las, e devem elas se submeter ao que foi decidido pelo o juiz, não podendo se esquivar de tal obrigação.

Essa sentença deve fazer coisa julgada entre as partes, não podendo elas repropor a ação, com a esperança de que seja julgada de forma diferente, e que se tenha um maior benefício. Esse princípio é claro, no sentido de que uma vez proposta à ação, e ela ser julgada de forma definitiva, deve todas que a ela foram submetidos, respeitar.

### **2.1.8 Princípio da Investidura**

---

<sup>5</sup> Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contido na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

<sup>6</sup> Art. 384. Encerrada a instrução probatória se entender cabível nova definição jurídica do fato em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Nas palavras de Fernando Capez (2007, p.64) “a jurisdição só pode ser exercida por quem tenha sido regularmente investido no cargo de juiz e esteja no exercício de suas funções”.

Esse princípio tem o objetivo de deixar claro que apenas às pessoas enquadradas na forma estabelecida pelo estado, é que poderá realizar tal função jurisdicional. Pois uma sentença dada por aquele que não é revestido de tal poder faz com que seus atos já realizados sejam considerados nulos.

Sendo assim podemos citar a idéia de que:

Quanto aos efeitos da ausência de poder jurisdicional do órgão julgador, há igualmente duas correntes: parte da doutrina considera inexistente os atos e o processo porventura realizados por pessoa não investida na função jurisdicional; por outro lado, alguns autores reconhecem que a falta de investidura gera nulidade do ato ou do feito. (BONFIM, 2010, p.54)

Frisa-se que se não é competente para exercer tais atos, não poderá ser considerados válidos.

### **2.1.9 Princípio do Devido Processo Legal**

A Constituição Federal em seu art. 5º, LIV<sup>7</sup>, estabelece que não possa ser o indivíduo privado de seus bens, sem passar por todos os procedimentos legais. Sendo esse um princípio que deve ser respeitado por todos os membros e auxiliares do Poder Judiciário.

Edílson Mougnot Bonfim (2010, p. 55) deixa claro que “somente após o processo, conduzido por um juiz competente para a causa, poderá ser aplicada à norma penal, com a imposição de uma pena ao condenado”.

O devido processo legal prevê um julgamento justo ao acusado, do qual se deve assegurar o contraditório para que haja o efetivo direito de defesa.

Existe o Devido Processo legal formal e material, e para clarear e dar maior compreensão:

---

<sup>7</sup> Art. 5º LIV Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa. (MORAES, 2007, p. 21).

Esse princípio é previsto pela nossa Constituição Federal como uma Cláusula Pétreia, sendo necessário que se tenha tal princípio dentro do processo para que se ter assegurado a sua validade.

### **2.1.10 Princípio da Inércia**

Pode também ser chamado como o Princípio da Titularidade, no qual diz respeito que não pode o juiz instaurar ações sem que haja provocação. Pois se assim o fizesse, este estaria agindo de forma parcial. Só podendo dar uma devida tutela, ao caso concreto depois que este tiver sido provocada, por quem tem a legitimidade de propor a ação.

Após a provocação, não pode esse ficar inerte, devendo dar o andamento ao processo.

Segundo esse entendimento:

A jurisdição é como visto inerte. Se os órgãos jurisdicionais não agem de ofício (expressão do brocardo latino *ne procedat iudex ex officio*), é necessário um ato externo para que tenha início o processo (*Nemo iudex sine actore*). (BONFIM, 2010, p. 54)

Sendo assim, depois de provocado a ação, não pode o processo ficar parado, cabendo ao juiz dar o devido andamento processual.

## **2.2 Da Divisão da Jurisdição**

A Organização do Poder Judiciário é previsto do art. 92 ao art. 126 da Constituição Federal. Estando expressamente descrito todos os órgãos que fazem parte desse poder, assim como também a função exercida particularmente por cada um deles.

Sendo necessário que dentro desse poder haja uma divisão, para que se tenha uma melhor efetivação de sua funcionalidade, pois dessa forma pode se ter uma maior celeridade processual, ficando demonstrado maior cuidado com a matéria que será tratado. E também pelo motivo de somente poder é que pode delimitar poder.

A Jurisdição é una, porém divisível. É una na sua essência, porém divisível nas suas funções.

E Assim define:

A Jurisdição é unitária, indivisível. Essa unidade, por vezes classificada como princípio inerente à Jurisdição, e, na verdade, uma característica sua. Entretanto, o estudo da Jurisdição, em que pese seu caráter unitário costuma admitir a sua divisão, que ocorre somente para efeitos didáticos. (BONFIM, 2010, P.55)

Através dessa divisão pode-se buscar uma maior efetivação da tutela pretendida.

### **2.3 Da Competência**

A competência é o limite da Jurisdição, ou seja, é a delimitação do poder jurisdicional, conferida a determinadas autoridades judiciárias.

E tão é assim que dispõe que:

Todo Juiz é investido, pela Constituição Federal, do Poder jurisdicional. Entretanto, nem todos os juízes podem julgar todas as causas. A extensão do poder jurisdicional que cabe a cada juiz é limitada, segundo uma série de critérios que a lei elege, estabelecendo-se, dessa forma, a competência de cada julgador. A competência é, assim, a medida ou limite em que poderá o julgador exercer o poder de jurisdição. Representa a porção do poder jurisdicional que é conferido a cada órgão investido de jurisdição. (BONFIM, 2010, p. 245 e 246)

Essa limitação é feita pela Constituição Federal, pelas leis processuais federais e pelas normas de organizações judiciais dos tribunais.

O campo de atuação do juiz está definido pela sua competência, de modo que o juiz não pode usurpar competência de outro magistrado, sob pena de

ser declarada a nulidade da decisão, sendo este chamado de conflito de competência ou de Jurisdição.

## **2.4 Da Atuação do Juiz Criminal**

Um juiz criminal não tem como principal função a realização de dar sentenças e de condenar o réu pelo fato cometido por ele.

Deve-se ter como principal objetivo a aplicação da lei de forma correta.

Entretanto, não se pode esquecer que o juiz é quem aplica a lei, e não quem faz a lei, pois essa função cabe ao legislador, tendo que este criar leis de formas claras, que não abra margem para várias interpretações, e deve este de igual forma dar os mecanismos que possibilita a execução da lei.

O magistrado que vai atuar nessa área deve ser dotado de índole moral, e deve ter o desejo de querer fazer justiça, não devendo em hipótese alguma ter a possibilidade de ser corrompido.

A função concedida pelo estado ao juiz mostra uma relação de extrema confiança, pois confere a ele a importante missão de aplicar a lei ao caso concreto.

O Estado tem o poder de punir aquele individuo que não obedecem as leis, de forma que aquele que se comporta de maneira que não é esperada pela sociedade terá uma punição, desde que esse ato cometido seja expressamente previsto no ordenamento jurídico penal.

O Estado é o único que tem o poder de punir, dessa forma cabe a ele o papel de se utilizar de todos os meios possíveis e cabíveis previstos, para que a sociedade se torna um lugar segura de se conviver.

Entretanto, esse poder de punir tem limites, afinal de contas, qualquer que seja o excesso este é prejudicial. Pois se assim fosse permitido, não existiria uma sociedade segura, e o sujeito que estar para ser julgado não teria assegurado à garantia de ter uma pena nos limites do ato que foi praticado. Pensando nessa

possibilidade, foram estabelecidos direitos e garantias constitucionais, que devem ser respeitado em todos os casos no quais os atos realizados se cheguem ao judiciário.

Contudo não é fácil se buscar uma proporcionalidade entre a permissão de punir o sujeito infrator da prática delituosa, e de não ultrapassar os limites estabelecidos na lei.

## 2.5 Do Poder de Punir do Estado

O Estado é quem tem o direito de punir, e este é quem pode exigir ainda que coercitivamente o hábito de certas condutas que se faz necessário na vida em sociedade. O estado é o único que tem legitimidade para punir o individuo. Pois caba a ele assegurar nossos bens jurídicos, tais qual a vida, liberdade, Integridade, e outros mais.

Esse direito também é conhecido como o *jus puniendi*, no qual vem da origem latina, onde se quer dizer direito de punir do Estado.

Ocorre em nossos dias atuais, há particulares que por se sentirem injustiçados, querem fazer valer seus direitos com as próprias mãos, porém essa pratica não é permitida, salvo nos casos previsto no ordenamento, como ocorre na possibilidade de poder reagir em estado de necessidade e de legitima defesa, descritos nos art. 24 do Código Penal<sup>8</sup> e também no art. 25 da mesma lei<sup>9</sup>. Em todos os outros casos, deve o lesionado, ou quem é que possa representá-lo, exigir solução do estado.

O fato de apenas exigir ou proibir, não altera em nada para o sujeito, é necessário que dentro de cada tipificação venha uma sanção, no qual será essa que vai intimidar o indivíduo para que este não cometa o ato e venha a praticar tal conduta reprovativa.

Em referencia ao poder de punir do estado, é compreendido tal como:

---

<sup>8</sup> Art. 24 Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

<sup>9</sup> Art. 25 Entende-se em legitima defesa que, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou eminente, a direito seu ou de outrem.

O direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário causando um dano ou lesão jurídica de maneira reprovável. (MARQUES, 2009, p. 3).

E deve ser assim entendido, pois se fosse dado ao particular o poder de punir, agiria esse movido de ódio, e não no intuito de se ter a justiça, aplicando dessa forma abuso em excesso, não havendo proporcionalidade entre o resultado ocorrida, com a punição que foi dada.

## **2.6 Do Princípio da Proporcionalidade**

É um dos mais importantes princípios para o direito penal. Esse princípio prevê que deve o Estado dar a devida proteção para o indivíduo, de forma que não ocorra excesso de abuso, e que não tenham intervenções estatais de forma abusiva.

Tal princípio trás o importante papel de ser a base para os direitos fundamentais, no qual pode o indivíduo ter seus direitos restringidos, desde que essa restrição seja analisada ao caso concreto, tendo que haver um limite. Devendo sempre observar a gravidade do ato praticado com a pena imposta.

O juiz ao aplicar à pena, deve agir cautelosamente, pois esta uma função de grande responsabilidade.

Não se encontra expressamente a previsão desse princípio dentro da Constituição Federal, sendo dessa forma um princípio implícito. Contudo pode-se utilizar dele, através da idéia que se retira do “Estado Democrático de Direito”, onde se busca a justiça e a segurança pra com a sociedade.

Há muita confusão no sentido de o Princípio da Proporcionalidade ser também chamando de Princípio da Razoabilidade, porém deve-se deixar claro que são princípios que apresentam pontos diferentes, não podendo ser confundidos.

Para essa percepção, pode-se dizer que:

A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim de tal sorte, que adotando-se o meio, promove-se o fim. Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referencia a relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como faz o postulado da proporcionalidade. (ÁVILA, 2007, p. 158)

Sendo assim o princípio da razoabilidade controla e limita o princípio da proporcionalidade.

Entretanto se faz necessário que o princípio da proporcionalidade seja aplicado com fundamento em três requisitos que são o da adequação, necessidade e por último, proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação vem a ser referente, no sentido de se buscar uma medida, a qual essa após ser tomada seja cabível de se chegar ao um resultado esperado e satisfatório.

A Necessidade deve ser avaliada frente a cada caso concreto, observando se o meio utilizado é eficaz, ou seja, não há outro meio que trará o mesmo benefício que esse, e se é o menos oneroso.

Já a proporcionalidade em sentido estrito, deve-se comparar e colocar na “balança” se a medida a ser tomada trás mais benefícios ou se trás mais desvantagens para o individuo que ira ser submetido e a sociedade.

Pode então o sujeito ter seus direitos restringidos desde que se comprove que tal medida se faz necessários, e demonstrado que é este o único meio eficaz.

## **2.7 Da Proibição de Excesso**

Exceder é se utilizar de meios que vai além daqueles que era necessário para se chegar ao resultado esperado. Faz-se necessário que a pessoa que vai aplicar a força, respeite o limite legal. As penas devem sempre ser proporcionais ao ato delituoso com o qual foi praticado.

Para o autor Edilson Mougnot Bonfim (2010, p. 91) “em um primeiro aspecto, sua concretização implica a proibição de que o Estado, ao agir tanto na posição de acusador quanto na de julgador, pratique, em sua atividade, qualquer excesso”.

O poder de policia deve estar limitado ao interesse e a segurança da sociedade, não podendo haver violação aos direitos e garantias assim estabelecidos na Constituição Federal.

É este poder, o meio usado como forma de conter os abusos individuais, e que não faça valer a justiça pelas próprias mãos de cada particular que se sentir prejudicado.

Ao ser analisado caso a caso, deve-se verificar se houve ou não abuso de direito, pois caso isso venha a ter sido ocorrido, haverá nulidade da sanção imposta. Tendo que nessas situações levar em conta o princípio da proporcionalidade.

## **2.8 Da Proibição da Proteção Deficiente**

O Estado é quem deve criar leis para que possa ter nossos direitos e garantias asseguradas, e cabe a ele obter os mecanismos para que possamos fazer valer de tais direitos.

Para Edilson Mougnot Bonfim (2010, p. 95) “compreende que, uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra etc.), deve fazê-lo obrigatoriamente na melhor medida possível”.

É o Estado quem deve dar a efetiva tutela quando houver lesão ou perigo de lesão para a sociedade. Contudo, só é permitido pela nossa legislação, que seja o indivíduo apenado por ato praticado que seja previsto e que esteja na sua vigência, Conforme o art. 1º do Código Penal<sup>10</sup>.

Só se pode dessa forma exigir do Estado, na pessoa do juiz, que este aplique a norma que esteja previsto expressamente no ordenamento jurídico. Tendo também que diante desses casos se utilizarem dos princípios da proporcionalidade, para que se verifique se há lei penal para aplicar e dar a proteção, e se esta é suficiente e eficiente para o fim que se quer.

---

<sup>10</sup> Art. 1º Não a crime sem lei anterior que o defina. Não a pena sem prévia cominação legal.

### **3 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente em seus artigos 5º a 17º os Direitos e Garantias, das quais não podem ser diminuídos, muito menos violados. Esses artigos dão ao cidadão da Republica Federativa do Brasil, uma regulamentação quanto à vida social, política e jurídica.

Os Direitos fundamentais são os direitos humanos, sendo que eles surgiram para que o indivíduo tivesse assegurado uma proteção, contra todo o poder que exerce o Estado.

Eles surgiram por volta do século XVII e XVIII, e dispõe Alexandre de Moraes (1999, p.178) “Surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”.

Com as constantes mudanças da sociedade, os direitos assegurados, tiveram que ser evoluído em uma velocidade maior, para que assim pudesse acompanhar as necessidades em geral dos cidadãos.

Entende-se que podem eles ser divididos em três grupos diversos, sendo eles:

- I – Individuais, Civis e Políticos;
- II – Sociais, Econômicos e Culturais;
- III – Difusos e Coletivos.

Alem de proteger o povo de arbitragem do Poder Público, esses direitos tem a importante função de não permitir um tratamento covarde.

E dando concordância dispõe que:

“Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (Direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e solidariedade)”. (ARAUJO, NUNES JUNIOR, 2008, p. 109 e 110).

São tais direitos, imprescindíveis para se viver em sociedade, pois não caba estar todo o poder concentrado Nas mãos de um ou nas mãos de um conjunto de indivíduos, sendo que estes devem agir conforme a Lei Maior, para que se tenha uma dignidade Humana, e nesta ideia se tem o entendimento de alguns grandes doutrinadores, tal como:

“Os direitos fundamentais. Com resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formada pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional se tornam necessárias (Necessidade que se faz sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à segunda Grande Guerra), certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo”. (SARLET, 2005, p. 70)

No livro II da nossa Constituição Federal, trás expressamente tais direitos, sendo que são divididos em doze artigos, no qual abrange prerrogativas que se dá uma convivência digna, e igualitária a todos os indivíduos. Podendo se dizer que a Constituição Federal, contemplou tais direitos como: Direitos individuais, Direitos coletivos, Direitos de nacionalidade, Direitos políticos, Direitos sociais e Direitos fundamentais do homem solidário.

E são titulares desses direitos todas as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, com exceção é claro, daquele que a concede e disponibiliza tais regulamentações, ou seja, o próprio Estado, não podendo esse se utilizar, pois acabaria sendo parcial, e se beneficiaria de tais direitos que muito lhe conveniria pela posição que se encontra.

O artigo 5º contém 78 incisos, trazendo os direitos individuais e os direitos coletivos.

Do artigo 6º ao artigo 11 estabelece os direitos sociais, tais quais: segurança, lazer, moradia, saúde, trabalho e educação.

Já os artigos 12 e 13, dispõem sobre a nacionalidade, trazendo a forma de sua aquisição, e as maneiras de seu enquadramento.

Os artigos 14 a 16 apresentam os direitos políticos, sendo que deixa claro que tem capacidade para tais funções, como também a forma de cassação para os que obtiverem tais cargos.

E por último, se tem o artigo 17, onde se trás a forma de organização dos partidos políticos.

Além dessa classificação, a doutrina vem estabelecendo a evolução dos direitos adquiridos com o passar dos séculos em quatro dimensões (gerações), no quais se mostrando cada vez melhores.

### **3.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão**

Os direitos de primeira dimensão é um dos mais importantes, pois é estes direitos que assegura à vida, liberdade, a igualdade para todos, a propriedade e a inviolabilidade de domicílio.

Tal direito está ligado aos direitos políticos e civis, sendo que qualquer Estado que seja democrático, em sua Constituição, há de se ver esses direitos presentes. Assim deixa claro que:

Os direitos de primeira dimensão, são os direitos de liberdade, pois são fruto do pensamento liberal burguês, de caráter fortemente individualista, aparecendo como uma esfera limitadora da atuação do Estado, isto é, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado nas liberdades do indivíduo. (SCALQUETTE, 2004, p. 34).

O Estado diante desses direitos não pode permitir que haja uma violação, sendo que nem mesmo ele, que obtém grande poder poderá interferir na esfera individual, salvo quando houver exceções expressamente previstas dentro da Lei. Esclarece o doutrinador:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. [...]

Os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa que ostentam na subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2006, p. 563 e 564)

Ainda nessa idéia, há quem leciona que:

Trata-se de direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas “liberdades públicas negativas” ou “direitos negativos”, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção. (ARAUJO, NUNES JUNIOR, 2005, p. 116)

Buscava-se um Estado aonde impunha as leis, mas embora este tivesse o poder em suas mãos, deveria se precaver para que não ocorressem abusos por nenhuma das partes, ou seja, embora se tivesse dando direitos a cada cidadão, estes não poderiam se levantar contra a autoridade que o Estado exercia, sendo ainda que embora o Estado obtivesse maior força, ele não deveria interferir da forma que melhor lhe favorecesse.

Nesse entendimento, citamos que:

Diante de todo o explanado, nos direitos fundamentais de primeira dimensão são considerados e valorizados direitos de resistência ou oposição perante o Estado, sendo deste exigido um comportamento de abstenção, por isso também são chamados de direitos negativos. Seria um “agir ou não agir, fazer ou não fazer. Usar ou não usar. Ir, vir ou ficar.”. (FERREIRA FILHO, 2005, p. 30)

Sendo assim, os direitos dessa dimensão devem ser resguardados, não podem ser retirados no seu todo, é assegurado dentro da nossa Constituição Federal, sendo eles considerados cláusulas pétreas, aquele que não pode ser modificado, salvo se for para aumentá-lo para melhor.

### **3.2 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão**

Leva-se em conta a dignidade da pessoa humana. Procura no Estado uma posição no qual quer que se proporcionem condições mínimas para se ter uma vida digna. Após a Segunda Guerra Mundial, se buscava uma sociedade mais humanitária, procurando assim, erguer um Estado social de direito.

E assim dispõe que:

Século marcado por convulsões bélicas, crises econômicas, mudança sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes (mas não sem contradições), o século XX é, muito mais que o século anterior, a era das ideologias e das revoluções. [...] E, portanto, um século em que o Direito público sofre poderosíssimos embates e em que à fase liberal do Estado constitucional vai seguir-se uma fase social, (MIRANDA, 2000, p. 88)

As condições mínimas que se buscam dentro dessa dimensão é os direitos sociais, econômicos e culturais, sendo que o maior interesse do indivíduo aqui deve ser em diminuir a desigualdade social entre as pessoas.

Contudo, embora se tenha conquistado os direitos de segunda dimensão, estes não retiram os direitos já adquiridos na primeira geração, sendo que um não exclui o outro, e sim vai se acumulando.

Para mais clareza:

A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada pelo legado do socialismo, cabe dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem estar social”, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. E por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo welfare state, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação - tem como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi à coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los [...] Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. (LAGER, 2006, p. 127)

Contudo, embora se tenha conquistado os direitos de segunda dimensão, estes não retiram os direitos já adquiridos na primeira geração, sendo que um não exclui o outro, e sim vai se acumulando, se buscando um Estado onde se haja uma verdadeira sociedade, não só em sua aparência, mas sim na busca de concretizarem seus direitos.

Nota-se aqui, uma diminuição evidente da interferência do Estado, na vida social de cada indivíduo, sendo que, dessa forma, além de resguardar a liberdade, se busca maiores direitos em outras áreas, pois através do conhecimento, pode-se exigir um melhor tratamento, pois aquele que tem conhecimento de seus direitos é aquele quem poderá pleiteá-los.

Assim estabelece:

Assim, o direito ao trabalho, a subsistência, ao teto, constituem reivindicações admitidas por todas as correntes políticas, diante das exigências reiteradamente feitas pelas classes menos favorecidas no sentido de um maior nivelamento das condições econômicas, ou, pelo menos, uma disciplina pelo Estado das atividades privadas, a fim de evitar a supremacia demasiadamente absorvente dos interesses economicamente mais fortes. (CAVALCANTI, 1964, p. 197)

Se buscando uma vida digna a todos, independente da sua situação financeira ou de sua classe social.

### **3.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão**

Os direitos de terceira dimensão são os direitos coletivos, ou seja, são os direitos de solidariedade, fraternidade. Nessa geração, se busca acima de tudo a paz, o desenvolvimento, levando-se em conta o meio-ambiente.

E com maior propriedade, escreve que:

A aparição dessa terceira dimensão dos direitos fundamentais evidencia uma tendência destinada a alargar a noção de sujeito de direitos e do conceito de dignidade humana, o que passa a reafirmar o caráter universal do indivíduo perante regimes políticos e ideologias que possam colocá-lo em risco, bem como perante toda uma gama de progressos tecnológicos que pautam hoje a qualidade de vida das pessoas, em termos de uso de informática, por exemplo, ou com ameaças concretas à cotidianidade da vida do ser em função de danos ao meio ambiente ou à vantagem das transnacionais e corporações que controlam a produção de bens de consumo, o que desdobra na proteção aos consumidores na atual sociedade de massas. (ALARCON, 2004, p. 81)

Com o fim da segunda guerra mundial em 1945, houve o surgimento de entidades, que tinham como objetivos, assegurar a paz para todos. Com isso veio

o surgimento da ONU (Organização das Nações Unidas), onde se tem como principal função, assegurar a dignidade a todos.

Com essa concepção:

Após a Segunda Guerra Mundial, ligada ao surgimento de entidades como a Organização das Nações Unidas (1945) e a Organização Internacional do Trabalho (1919), surge a proteção internacional dos direitos humanos, voltado para a essência do ser Humano, ao destino da humanidade, pensando o ser humano como gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada. (ARAUJO, NUNES JUNIOR, 2008, p. 116)

E novamente essa terceira dimensão de direitos, vem a somar com os direitos já vistos de primeira e segunda, se buscando cada vez mais uma sociedade humanitária, onde não se pensa apenas no indivíduo em si, mas sim em todo um gênero, no qual se trata da humanidade, se buscando estabelecer uma sociedade dentro de um padrão digno a todos.

E assim pode-se citar para ser dada uma compreensão clara que:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicitários e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (BONAVIDES, 2006, p. 569)

E muito embora se fale no gênero humano, continua a ser o titular desses direitos o ser humano. Pois é dele e para ele tais direitos.

### **3.4 Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão**

Nem todos aceitam a existência de haver uma quarta dimensão de direitos fundamentais, não sendo essa uma dimensão aceita de forma unanime.

Para quem acredita haver já tal dimensão, diz está presente dentro dela, o direito a democracia, a informação dentre outros previsto na nossa Carta Maior.

Nessa ideia, quem muito bem define:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito a informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (BONAVIDES, 2006, p. 571)

Grande parte da doutrina de renome, tem entendido haver os Direitos Fundamentais de quarta dimensão, podendo citar entre eles:

Trata-se de um rol de direitos que decorrem, em primeiro lugar, da superação de um mundo bipolar, dividido entre os que se alinhavam com o capitalismo e aqueles que se alinhavam com o comunismo [...] também o fenômeno da globalização e os avanços tecnológicos são responsáveis pela ascensão dessa nova categoria de direitos humanos. (BASTOS, TAVARES, 2000, p. 389)

Como também:

Já apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos de pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. (BOBBIO, 1992, p. 6)

E ainda temos:

O passo dos direitos fundamentais a essa nova dimensão de reconhecimento de direitos se deve a que, se já há algum tempo é perfeitamente possível observar a manipulação de animais e vegetais, hoje a manipulação é sobre o ser humano diretamente, colocando-se no mundo uma discussão inicial sobre as possibilidades de se dispor do patrimônio genético individual, evitando a manipulação sobre os genes e ao mesmo tempo, mantendo-se a garantia de gozar das contemporâneas técnicas de engenharia genética. (ALARCON, 2004, p. 90)

Concluimos dessa forma que esse direito é que vem surgindo nos últimos tempos, com os avanços tecnológicos, e a velocidade em que todos os campos vêm se desenvolvendo.

E como se não bastasse, há ainda quem diga que os direitos de quarta geração, são os ligados ao avanço da ciência no que diz respeito aos avanços das

pesquisas genéticas, e que ainda teria uma quinta dimensão, onde se estaria às pesquisas cibernéticas, porem esse último é pouco aceito.

### **3.5 Dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais**

Há certas diferenças entre os Direitos Humanos, e os Direitos Fundamentais. Contudo, muitas vezes esses são trocados, e utilizados como sinônimos fossem. Podendo-se dizer que:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são freqüentemente utilizados como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 1998, p. 259)

Os Direitos humanos há quem entenda que se trata daqueles direitos aos quais não se necessita legislar, não tendo que estar na lei para se ter esse efetivo direito. E Há quem diga que os direitos fundamentais se tratam daqueles ao qual o estado determina em seu texto Constitucional. Porém essa distinção não é suficiente para que as diferencie uma da outra, ainda mais, por não ser esse entendimento unificado pela doutrina.

Se fazendo necessário dar um maior embasamento para que se chegue a uma distinção mais aprofundada.

E assim esclarece que:

Em que pese sejam ambos os termos (direitos humanos e direitos fundamentais) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o

termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos”, guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2006, p. 35 e 36)

Sendo que ambos os direitos se destinam para o ser humano, não basta adotar como critério a destinação e nem somente o critério espacial, pois causaria dúvidas a respeito da extensão de cada uma delas, não se sabendo aonde pararia uma e começaria a outra.

E assim ensina que:

Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a idéia de que os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instancias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos. (SARLET, 2006, p. 40)

Pode-se dizer que os direitos humanos estão vinculados aos direitos de existência da pessoa, porem nem todos têm acesso, por se tratar de sistema nada simplificado. Já no que dizem respeito aos direitos fundamentais, estes estão expressamente previsto no texto constitucional, sendo que qualquer cidadão pertencente ao Estado aonde vigora essa Constituição, poderá fazer valer desses direitos assegurados, sendo muito mais fácil de exigí-los.

A doutrina buscando dar uma maior didática a respeito dos direitos fundamentais tem dividido eles em três planos, para que se tivesse uma facilitação no entendimento:

No plano formal e também material, pode-se citar que:

Do ponto de vista formal, direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista material, são direitos fundamentais aqueles direitos que ostentam maior importância, ou seja, os direitos que devem ser reconhecidos por qualquer constituição legítima. Em outros termos, a fundamentalidade em sentido material está ligada à essencialidade do direito para implementação da dignidade humana. Essa noção é relevante, pois, no plano constitucional, presta-se como critério para identificar direitos fundamentais fora do catálogo. (PEREIRA, 2006, p. 77)

Já no plano funcional:

Por outro lado, atua no plano subjetivo, operando como garantidores da liberdade individual, sendo que esse papel clássico somam-se, hoje, os aspectos sociais e coletivos da subjetividade. De outro lado, os direitos ostentam uma função (ou dimensão) objetiva, que se caracteriza pelo fato de sua normatividade transcender à aplicação subjetivo individual, pois que estes também orientam a atuação do Estado. (PEREIRA, 2006, p. 77 e 78)

Nota-se que embora utilizadas para se disserem respeitos aos direitos do homem, se tratam elas de instituições diversas, não devendo confundi-las.

Por fim dispõe:

Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões “direitos humanos” (ou direitos humanos fundamentais) e “direitos fundamentais”, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionada, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas. (SARLET, 2006, p. 42)

Devendo se lembrar que os direitos expostos na nossa Constituição Federal, nem sempre estiveram lá, tendo que passar por muitas evoluções, para que se chegasse ao estado, onde se contempla e respeita todos os direitos adquiridos. Não se devendo permitir que haja abusos e violações de todos os direitos para com essas conquistas.

### **3.6 Dos Tratados Internacionais**

O Brasil é signatário de vários tratados internacionais. Entretanto, os tratados internacionais podem ser divididos entre tratados que tratem de direitos em gerais, e Tratados que tratem de Direitos humanos.

Os tratados adentrar em nosso ordenamento deve respeitar os artigos dispostos em nossa Constituição Federal, sendo ainda que se faça necessário passar por um procedimento para que seja aprovada, e passe a valer.

Primeiramente é preciso que haja uma negociação. E esse poder pertence conforme o artigo 84 inciso VIII da Constituição Federal, ao Presidente da

República, que juntamente com o artigo 21, onde dispõe que é competência da união “manter relações com Estados estrangeiros e participar de Organizações Internacionais”.

Contudo pode esse poder ser delegado, desde que haja uma carta de plenos poderes, dando para representar o Presidente da República.

E dado essa concepção, escreve:

Assim, concluem-se capacitados para negociar tratados internacionais em nome do Estado brasileiro, o Chefe de Estado, o Ministro das Relações Exteriores “e os representantes acreditados pelo Estado brasileiro em conferências e Organizações Internacionais (plenipotenciários) e os chefes de missões Diplomáticas (embaixadores)”. (RAMINA, 2006, p. 38)

Ressalta-se que o representante que possuir essa carta de plenos poderes pode realizar qualquer tipo de tratados.

Após a negociação, se tem a fase da assinatura, aqui embora as partes estejam assinando, e concordando com tudo que foi estabelecido, o tratado ainda não está perfeito, faltando concluir as demais fases.

A aprovação parlamentar é a terceira fase, que se fundamenta no artigo 49, inciso I, essa aprovação será realizada pelo poder legislativo, juntamente com o poder executivo, sendo que somente poderá prosseguir com o tratado, se for aprovado por esses dois poderes, ou seja, a vontade do Presidente da República, também deve ser a vontade do congresso Nacional.

Tão é assim que:

Não gera efeito a simples assinatura de um tratado se este não for referendado pelo Congresso Nacional, já que o Poder Executivo só pode promover a ratificação depois de aprovado o tratado pelo Congresso Nacional. (PIOVESAN, 2000, p. 70 e 71)

Depois vem a ratificação, e caso o Congresso Nacional não concorde, nada poderá ser feito. Contudo, se aprovado, o Presidente da República é quem definirá qual o melhor momento para que ele passe a vigorar. Bem embora esse tratado já esteja valendo no âmbito internacional para com os outros Estados.

Então vem a promulgação de um Decreto Judicial, onde se dará ciência do tratado, e a sua vigência para com o Estado aonde foi aprovado.

E só então se enviará para o secretariado da Organização das Nações Unidas, para que este registre e de ciência para os demais Estados.

### 3.6.1 Dos Tratados de Direitos Humanos

Os tratados internacionais entram em nossa Constituição Federal após aprovado, com força de Lei Ordinária. Contudo, se este tratado se referir aos direitos humanos, após aprovado por duas votações de três quintos em cada uma das casas, este entrará no nosso ordenamento jurídico com força de Emenda Constitucional, sendo considerado supra legal, isso porque através da Emenda Constitucional 45/2004, incluiu o parágrafo terceiro ao artigo quinto da nossa Carta Maior, para que assim não haja mais nenhuma controvérsia a esse respeito.

Esclarece que:

Antes da emenda 45/2004 os tratados internacionais de direitos humanos eram aprovados por meio de decreto legislativo, por maioria simples, conforme artigo 49, inciso I da Constituição de 1988 e, posteriormente, eram ratificados pelo Presidente da República. Tal forma de recepção dos tratados, idêntica à forma de recepção dos tratados que não versam sobre direitos humanos, gerou diversas controvérsias sobre a aparente hierarquia infraconstitucional, ou seja, nível de normas ordinárias dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro. (MAZZUOLI, 2007, p. 686 e 687)

Sendo ainda que se aprovados, passam a valer automaticamente de forma imediata conforme dispõe o parágrafo primeiro do artigo quinto da Constituição Federal de 1988.

Esses tratados devem ser analisados, cuidadosamente, pois se refere à dignidade da pessoa humana.

E para não se restar dúvidas, dispõe que:

Os tratados internacionais apenas serão aplicados entre os Estados que consentiram expressamente com a sua adoção no livre e pleno exercício de sua soberania, ou seja, os tratados não criam obrigações aos Estados que com eles não consentiram, mas apenas para os Estados Partes; os tratados são, portando, expressão de consenso. (GOUVEIA, 2005, p. 243)

A Convenção de Viena de Direitos dos tratados surgiu da necessidade de que se houvesse algum documento que esclarecesse expressamente a sua forma de elaboração, ficando assim uniformizada a sua forma de criação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU no qual o Brasil é signatário estabelece em seu artigo primeiro que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Dessa forma, não se deve violar as disposições estabelecidas nos tratados no qual o Brasil ratificou, devendo preservá-lo, para que não se tenha nenhum tipo de violação.

## **4 DA DIVISÃO DOS PODERES**

A Constituição de 1988, em seu artigo 2º estabeleceu que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Essa idéia de tripartição dos poderes surgiu nos tempos antigos, onde se observava que o poder soberano exercia tais funções.

E assim contempla:

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas na antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra política, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercida pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrativo) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos. (LENZA, 2011, p. 433)

Essa separação de poderes foi explanada ainda que de forma implícita por John Locke, um filósofo inglês, mas quem realmente apresentou essa “divisão” de poderes de forma clara, foi Montesquieu, onde ele esclarecia que não se devia ter concentração de poder nas mãos de apenas um, mas que eles deveriam ser independentes.

O que se buscava mesmo era um Estado democrático, onde se deveria preservar a liberdade e a igualdade dos indivíduos.

E com o passar do tempo, pode se constatar que:

A divisão segundo o critério funcional é a celebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente,

por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E finalmente, consagrada na obra de Montesquieu “O Espírito das Leis”, a quem devemos a divisão e distribuição clássica, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal. (MORAES, 2007, p. 385)

Ao se perceber a idéia que buscava, os Estados começaram a introduzir essa divisão, entretanto com o tempo, pode-se notar que não era segura que houvesse tal independência, pois poderia ocorrer que através dessa autonomia, surgissem instancias das quais não poderiam ser controlada pelo próprio Estado.

Para isso foi necessário que se chegasse à conclusão de que era preciso que se vinculasse um poder ao outro, para que assim não houvesse abuso vindo de nenhum dos três poderes.

Entretanto deve-se lembrar que cada um desses poderes exerce suas próprias funções, sendo essas típicas e inerentes ao seu exercício e função, contudo, também podem eles exercer excepcionalmente funções atípicas, das quais um vai se utilizar da função do outro para um melhor andamento.

#### **4.1 Do Sistema de Freios e Contrapesos**

A Constituição de 1988, em seu artigo 2º estabeleceu que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O Brasil vem adotando a separação dos poderes, desde a Constituição de 1824, o que vem se aprimorando com o passar do tempo.

Se fez ta importante este principio, que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, estabeleceu que se trata de cláusula pétrea, ou seja, não pode ser modificada para restringir direitos e garantias, não podendo sofrer Emendas constitucionais, muito menos ser retirada do ordenamento jurídico.

Embora pareça que esse princípio deva ser rígido, não é assim que deve ser aplicado.

E nesse decorrer citamos que:

Hoje, o princípio não configura mais a rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes. (SILVA, 2011, p. 109)

Dessa forma surgiu o sistema de freios e contrapesos, que teve a divisão dos poderes para se prevenir futuras violações que pudessem surgir, assim manteve-se a atuação dos três poderes de forma que não se pode ir além do seu limite, podendo se dizer que um fiscaliza o outro.

E nesse mesmo pensamento esclarece:

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação dos poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismo de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto. (BARROSO, 2010, p. 173)

Um Estado autoritário é um Estado do qual não há democracia, o poder está nas mãos do mais forte, e não dos eleitos, ocorrendo abusos. E não se pode admitir que nos tempos atuais isso possa acontecer.

## **4.2 Das Funções Típicas e a Típicas**

Seria incoerente imaginar uma sociedade, onde sempre se buscou adquirir direitos para o homem, em que tivesse os poderes concentrados em uma só

pessoa ou em um só órgão. Como se pensar em imparcialidade, se está sendo conduzido por um sistema aonde pode ser favorecido o possuidor de maior poder.

Deve-se analisar que para haver um sistema que funcione, é preciso que as pessoas que estão exercendo as funções tenham garantia de certas imunidades.

E nessa ideia decorre:

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidade e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado. (MORAES, 2007, p. 388)

Com isso não seria de plena eficácia se as funções atribuídas a cada poder, não pudessem ser flexíveis, ou seja, se o sistema fosse rígido, muito menos é o que seria feito pela sociedade.

Define poder, como:

Um fenômeno sócio-cultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins. (SILVA, 2005, p. 106)

Em um Estado, cada poder exerce sua própria função, entretanto, excepcionalmente pode um poder exercer a função que de regra pertence ao outro.

São funções típicas dos poderes, aqueles originais, ou seja, se trata das funções as quais ele é vinculado, são as suas características lógicas, no qual exerce suas atividades de forma “exclusiva”.

As funções atípicas se tratam daquelas que eles atuam de forma excepcional, não é uma atividade habitual, são casos específicos, que devem estar expressamente previsto dentro do ordenamento, no qual poderão eles exercerem nesse caso a função de outro.

O Poder Legislativo tem como função típica a criação de leis, e a este poder cabe elaborar as leis que integraram o nosso ordenamento, além disso, ele é quem fiscaliza o Poder Executivo.

Entretanto, possui a função atípica de que em casos de autoridades praticarem, ou serem julgadas por crime de responsabilidade conforme dispõe os artigos 52 e 86 da Constituição Federal exercerão uma função de julgar tais indivíduos. Podendo ainda exercer função atípica administrativa, ou seja, quando ele atua como forma de organizar seus serviços internos, previsão essa dada pelo artigo 51, IV e 52 VIII da referida Constituição.

O Poder Executivo tem função administrativa, a ele cabe administrar o Estado em suas tarefas, e agir em cargo de chefia de estado e governo.

Já como função atípica, o Poder Executivo pode criar medidas provisórias, pela pessoa do Presidente da República, conforme o artigo 62 da Constituição de 1988, como também a criação de leis delegadas, assim como está no artigo 68 da Constituição Federal. E pode julgar nos casos de recursos administrativos.

O Poder Judiciário é o poder que possui a maior autonomia, podendo escolher juízes que exerceram a função, sem a opinião e votação da população. Tem como sua função inerente a de julgar os casos trazidos em juízo aplicando a lei aos casos concretos.

E pode realizar como função atípica, a criação de leis que regulem o regimento interno de seus tribunais assim como dispõe o artigo 96, inciso I alínea "a" da Carta Maior, e também pode ele organizar seus serviços, tal como conceder férias e licença aos seus magistrados e demais servidores.

Contudo se ressalta que esses três poderes são harmônicos e independentes entre si.

E bem é assim, que dispõe que:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2005, p. 110)

Entretanto, não se pode dizer que por ser independentes podem agir da forma que bem queira, e que também, não é porque há expressa previsão autorizando que um exerça a função do outro em determinados casos, que se poderá atuar sem limites.

## **5 DO PRINCIPIO MAJORITÁRIO**

Uma sociedade democrática é aquela aonde o povo pode de forma aberta tomar decisões sejam elas de forma direta ou indireta, ou seja, através de seus votos, elegem os indivíduos que tomaram as decisões, pensando no bem da coletividade.

E para definir democracia:

A democracia que o Estado Democrático de direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 2002, p. 878)

O Brasil é um país democrático, sendo que o povo exerce de forma indireta, quando elege os seus representantes através de seus votos, como também pode exercer de forma direta, como ocorre nos casos de plebiscito e referendo.

Assim disciplina:

O povo participa no processo legislativo, indiretamente, uma vez que este é protagonizado por seus representantes eleitos, seja no Congresso Nacional (deputados federais e senadores), na Assembléia Legislativa (deputados estaduais) ou nas Câmaras municipais (vereadores). Contudo, a Constituição de 1988 garante a participação direta de toda a sociedade no processo legislativo nos três âmbitos federativos de poder, através dos

mecanismos previstos no art. 14, I, II, art. 29, XII, art. 49, XV, art. 58 § 2º, e art. 61, § 2º. (COELHO, 2008)

O princípio majoritário é considerado a coluna de uma sociedade democrática, pois se trata esse princípio do “governo da Maioria”, ou seja, o povo elege seus representantes, porém cada indivíduo vai escolher seus candidatos conforme aqueles em que eles mais se identificarem e que melhor apresentem propostas que agradem a suas vontades.

### **5.1 O Estado Democrático de Direito**

Um Estado pode ter como a sua forma de governo a Monarquia, como ocorre no caso da Inglaterra, em que seu chefe de governo permanece até sua morte ou abdicação, ocorrendo normalmente de forma hereditária. Pode ser uma Aristocracia, no qual esse governo está nas mãos de um grupo elitista, como também chamado de “Poder dos melhores”, porém atualmente não há existência dessa forma de governo. E por último, pode um Estado ser regido na forma de uma República, no qual prevalece a democracia.

A nossa Constituição Federal, em seu artigo 1º, dispõe que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

A palavra República vem de origem latina, no qual “res publica” quer dizer “coisa pública”.

Esse sistema de governo trás a idéia de que através dos eleitos, devem se buscar o bem e o melhor para a coletividade. Sendo que quem esta no poder, não estará lá para sempre, tendo prazo para que possa ser substituído, não podendo agir de forma ilimitada.

O sistema Republicano está inteiramente vinculado a uma sociedade democrática, bem embora ambos não sejam a mesma coisa.

Para se ter um melhor esclarecimento, explica:

Embora compreendidos nesse aspecto de caráter geral, os traços característicos da forma republicana de governo podem ser decompostos em elementos específicos, tais como: a existência de uma estrutura político-organizatória garantidoras das liberdades civis e políticas; a elaboração de um catalogo de liberdades, em que se articulem o direito de participação política e os direitos de defesa individuais; o reconhecimento de corpos

territoriais autônomos, seja sob a forma federativa, como no Brasil e nos Estados Unidos, seja pelo estabelecimento de autonomias regionais ou locais, como na Itália ou em Portugal, respectivamente; a legitimação do poder político, consubstanciado no princípio democrático de que a soberania reside no povo, que se autogoverna mediante leis elaboradas preferencialmente pelos seus representantes; e , afinal, a opção pela eletividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade, como princípios ordenadores do acesso ao serviço público em sentido amplo – cargos, empregos ou funções – e não pelos critérios da designação, da hierarquia e da vitaliciedade, típicos dos regimes monárquicos. (MENDES, COELHO e BRANCO, 2010, p. 212)

Diferente de democracia, onde se diz respeito ao regime adotado pelo Estado, a república é forma pelo qual o poder dado aos seus representantes será exercido. E em muitos países vem se adotado o Estado democrático de direito, sendo que uma sociedade para evoluir, deve ele dar condições de se ter liberdade, igualdade e dignidade a cada cidadão.

Fazem partes do Estado democrático de direito os princípios básicos estabelecidos na em nossa Constituição vigente, tais quais, os direitos individuais e sociais, igualdade, fraternidade, liberdade, segurança, bem estar entre muitos outros, como também nos princípios fundamentais como a soberania, a cidadania e os valores sociais.

Além disso, tem como algumas de suas características, a submissão às leis vigentes do país, que os poderes sejam separados, contudo de forma independentes e harmônicas, e também que prevaleça os direitos e garantias do cidadão.

Sá dados muitos conceitos sobre o Estado democrático de direito, entretanto de uma forma mais clara e dividida, podemos citar que:

O conceito de Estado de Direito apresenta utilidade se for entendido no sentido formal da limitação do Estado por meio de direito. Nessa perspectiva, o conceito permite avaliar se a atuação dos aparelhos estatais se mantém dentro do quadro traçado pelas normas em vigor. Isso não garante o caráter justo do ordenamento jurídico, mas preserva a segurança jurídica, isto é, a previsibilidade das decisões estatais. O conceito de Estado de direito material é, ao contrario, problemático. As tentativas de “enriquecimento” do conceito, no intuito de considerar como Estado de direito somente o ordenamento que satisfaz os requisitos da justiça estão fardados ao fracasso, já que não parece possível defini o que é um Estado Justo. (DIMOULIS, 2007, p. 155)

Deve-se lembrar que um Estado onde se busca o bem estar de seus cidadãos, é um estado do qual só tem ganhar, pois esse se torna um exemplo para

os demais países, como também proporcionam uma qualidade de vida, além de assegurarem direitos e garantias estabelecidos pela Carta Maior dos quais não devem ser violados.

## **5.2 A Democracia e a Soberania Popular**

Há muitas especulações para se chegar a um conceito de democracia. Abraham Lincoln, quando chegou à presidência dos Estados Unidos, em um de seus discursos em Gettysburg em 1863, disse que “A democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo”.

Entretanto, podemos dizer que para os dias atuais a democracia abrange muito mais do que um “governo do povo”, mas sim trás direitos de dignidade. Assim dispõe José Afonso da Silva (2004, p. 112) “a democracia é a realização da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana”.

Indo ainda além nos seus dizeres:

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade deste a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estético, mas é um processo de afirmação do povo e de garantias dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história. (SILVA, 2011, p. 125 e 126)

Compreende-se que quanto mais o tempo vai passando, mais perto vai se chegando de uma democracia ideal, sendo que essa se trata de uma caminhada longa, não se havendo uma democracia perfeita.

Deve-se entender que para grande maioria, a democracia somente é ou será reconhecida, depois de ter sido violada, e retirada de suas perspectivas. Para Paulo Bonavides (2000, p. 191) defende que “o povo, melhor do que os juristas e

filósofos sabem sentir e compreender a democracia, embora não possa explicá-la com limpidez da razão nem com a solidez das teorizações”.

Já para outros doutrinadores de grande nome, pode se ter como definição que:

A democracia tem como suporte ineliminável o princípio majoritário, não significando isso, qualquer absolutismo da maioria, nem o domínio dos povos por parte desta. Seria neste contexto, método de formação da vontade do Estado. (CANOTILHO, 1993, p. 436 e 437)

E leciona Manuel García-Pelajo (1993, p. 184) que “democracia e liberalismo são antinomias, porem um não pode viver sem o outro. A vontade da maioria deve reger toda e qualquer nação”.

Diante as idéias trazidas, pode-se entender que a democracia em seu conceito pode ser muito ampla, podendo se dizer que a democracia é forma plena de soberania popular, aonde o povo de forma direta ou indiretamente pode exercer a sua vontade.

E com esse mesmo entendimento dispõe o jurista brasileiro:

A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte de poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; (b) da participação, direta ou indireta do povo, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação. As técnicas que a democracia usa para concretizar esses princípios têm variado, e certamente continuarão a variar com a evolução do processo histórico, predominando, no momento, as técnicas eleitorais com suas instituições e o sistema de partidos políticos, como instrumento de expressão e coordenação da vontade popular. Igualdade e liberdade, também, não são princípios, mas valores democráticos, no sentido de que a democracia constitui instrumento de sua realização no plano prático. A igualdade é o valor fundante da democracia, não a igualdade formal, mas a substancial. (SILVA, 2011, p. 131)

O princípio democrático adotado dentro de um Estado, esta integralmente ligada ao entendimento de querer resguardar os direitos e as garantias fundamentais adquiridos. Fazendo-se necessário, de que além de instituir um regime democrático, deve o Estado dar meios para que os indivíduos possam se valer desse mecanismo, se chegando a uma efetiva tutela.

É necessário que para se alcançar um estado democrático o mais próximo do ideal, se adquira alguns requisitos. Dessa forma podemos citar, os elementos estabelecidos pelo doutrinador e também desembargador Kildare Gonçalves Carvalho (2011, p. 183) de uma de suas obras:

- a) liberdade para construir e integrar-se em organizações;
- b) liberdade de expressão;
- c) direito de voto;
- d) acesso a cargos públicos;
- e) possibilidade de os líderes políticos competirem por meio de votação;
- f) fontes alternativas de informação;
- g) eleições livres e isentas;
- h) existência de instituições capazes de viabilizar a política do governo e legitimadas pelo voto ou outras manifestações da vontade popular.

O direito da maioria é limitado pelo texto constitucional, até mesmo, porque não seria coerente que o Estado não pudesse realizar abusos aos direitos dos cidadãos, mas que os cidadãos valendo-se do governo da maioria realizassem violações contra a minoria que não concorda com o entendimento deles. Sendo assim, sobretudo deve-se prevalecer o disposto da Carta Maior, como até mesmo uma forma de balancear ambos os lados, dando proteção a todos, entretanto é possível através de previsões dada pela mesma, que possa ir além do que estiver disposto no texto Constitucional.

Dando uma melhor clareza da idéia:

Por meio do equilíbrio entre a Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia-a-dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo. (BARROSO, 2010, p. 90)

Esse equilíbrio se faz prescindível para que se haja de vez, a efetiva democracia, de forma a viabilizar os direitos pleiteados.

E para acrescentar:

Uma verdadeira democracia é aquela onde todas as pessoas são tratadas com igual respeito e consideração. Se é certo que a democracia é o governo segundo a vontade da maioria, não menos exato é afirmar que o princípio majoritário não assegura o governo pelo povo senão quando todos os membros da comunidade são concebidos, e igualmente respeitados, como agentes morais. (CUNHA JUNIOR, 2010, p. 59)

Conclui o entendimento que embora seja o princípio majoritário o do “governo da maioria”, deve o Estado respeitar e ainda em contrapartida resguardar as garantias e direitos das minorias.

## **6 DO PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO**

Surgiu inicialmente com o termo chamado de “countermajoritarian Difficulty”, pelo doutrinador Alexander Bickel, em uma de suas obras intitulada de “The last dangerous branch”.

Em nossa atual sociedade, através de nossos votos, podemos eleger representantes que nos representarão dentro do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Entretanto, no caso do Poder Judiciário, isso não é possível, pois se faz necessário preencher alguns requisitos, não podendo o povo em maioria eleger.

O papel contramajoritário é exercido pelo poder judiciário, ou seja, é o único poder contramajoritário, do qual não depende da legitimidade da maioria democrática do Estado, até mesmo, pois, que se assim não fosse, descaracterizaria esse poder.

Dessa forma:

O debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, ou melhor, a respeito da legitimidade do controle de constitucionalidade da lei. Funda-se basicamente no problema da legitimidade do juiz para controlar a decisão da maioria parlamentar. Isso porque a lei encontra respaldo na vontade popular que elegeu seu elaborador – isto é, na técnica representativa. Por outro lado os juízes, como é sabido, não são eleitos pelo povo, embora somente possam ser investidos no poder jurisdicional através do procedimento traçado na magistratura de 1º grau de jurisdição – de lado outros critérios e requisitos para o ingresso, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal. (MARINONI, 2011, p. 442)

O seu compromisso não deve ser com a vontade da maioria, mas sim com os direitos fundamentais adotados pelo Estado.

O contramajoritarismo se legitima pelo procedimento contraditório, ou seja, quando o juiz abre a oportunidade de participação das partes dentro do processo. Sendo que o próprio procedimento judicial dá a idéia de contramajoritarismo quando dá essa oportunidade para as partes se manifestarem.

Os magistrados independentes do âmbito de sua atuação, ao exercerem o controle de constitucionalidade diante das leis criadas pelo poder legislativo, e aprovada pelo poder executivo, declarando-as inconstitucionais, vão contra a maioria da vontade do povo, já que foram estes que o elegeram para as funções, exercendo dessa forma o seu papel contramajoritário.

O compromisso do magistrado deve ser em assegurar as leis estabelecidas, e principalmente os direitos e garantias fundamentais, e não em agradar a maioria da população.

E assim esclarece que:

De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por conseqüência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares. (KELSEN, 1993, p. 67)

O ato de julgar contra a vontade do povo, porém assegurando a aplicação da lei, caracteriza o papel contramajoritário. Sendo assim, ainda que a vontade do povo seja a maioria, não será essa que vai prevalecer, pois cabe a o Poder Judiciário, dar o devido direito a quem se busca se valendo das leis constitucionais, infraconstitucionais, como também os tratados no qual o Brasil seja signatário, assim como princípios e costumes.

E também ensina:

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política, aspecto que é reforçado pela exemplificação acima. Sem embargos de desempenho um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios

eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder que seja desempenhado por agentes público selecionado com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservados das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseada na constituição e nas leis. Mas o poder de juizes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas a Sociedade. [...]

Em sentido amplo, a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. No Brasil, essa possibilidade vem desde a primeira Constituição republicana (controle incidental e difuso), tendo sido ampliado após a Emenda Constitucional n. 16/65 (controle principal e concentrado). A existência de fundamento normativo expresso, aliada a outras circunstâncias, adiou o debate no país acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como contramajoritário: órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular. (BARROSO, 2011, p. 385 e 386)

Reafirmando assim o posicionamento de que o juiz investido de seu poder e autonomia podem se valer do principio contramajoritário para tomar suas decisões conforme achar o mais adequando, se atentando sempre para a letra da lei.

E esse é o entendimento que tem pairado até mesmo no Supremo Tribunal Federal:

Não se dá independência ao Juiz para ele ficar consultando o sujeito da esquina. Vamos ouvir as ruas para saber o que o povo pensa sobre o STF conceder ou não hábeas corpus? Ou os nossos blogueiros? A jurisdição constitucional, por definição é contramajoritária. Ela só funciona por ser contramajoritária – disse Gilmar Mendes. (MENDES, 2010)

Essa palavra dada pelo Ministro da Suprema Corte, abrange para todo e qualquer magistrado. Sendo que se ele está fundamentando na Lei, nada poderá ser alegado em desfavor a esse. Através das garantias dado a ele, este pode agir de forma despreocupada, não devendo ter medo de julgar contramajoritariamente.

Sendo este o entendimento que deve ser pautado nossas ideias, dispõe:

Em uma sociedade justa e bem ordenada, as leis não podem comprometer a realização dos direitos fundamentais. Sendo tais direitos fundamentais trunfos contra a maioria, não poderia essa maioria, mas um órgão independente e especializado deveria ter a competência para verificar a existência de ações ou omissões contrárias à Constituição. A jurisdição constitucional representa a grande invenção contramajoritária, na medida

em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia. Caso contrário, se a jurisdição constitucional não existisse ou não detivesse os poderes que tem, ficando a maioria democrática na incumbência de afirmar a prevalência concreta de direitos em colisão, ter-se-ia que negar a idéia de que os direitos fundamentais são triunfos contra a maioria e questionar a própria razão de ser dos mesmos direitos fundamentais. (CAMBI, 2009, p. 205)

Embora seja o Congresso o responsável em editar a lei, caberá ao Poder Judiciário aplicá-la.

Sendo assim, conclui-se que:

Quando se pergunta sobre a legitimidade da jurisdição está presente a questão do contramajoritarismo, pois se deseja saber como a decisão do juiz, ao afirmar a norma constitucional ou o direito fundamental pode se opor à norma editada pelo parlamento. (MARINONI, 2011, p. 449)

Entretanto, deve sempre levar com consideração o que é melhor para o indivíduo, não devendo virar regra passar por cima das leis, por se ter esse poder.

## **6.1 O Papel Contramajoritário e o Ativismo Judicial**

Não há expressa previsão sobre o ativismo judicial em nosso ordenamento. Trata-se de decisões nas quais impõe uma obrigação de cumprimento para o sujeito. Não raras vezes, cabe ao poder judiciário “legislar” a respeito de matérias que o Poder Legislativo deixou omissos.

E define que:

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 Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público. (ALMEIDA, 2011)

Entende-se que haverá ativismo judicial, toda vez que o Poder Judiciário ultrapassar os limites estipulados, ou seja, toda vez que ele agir de forma que modifique, crie, inove a letra da lei, estará este realizando o Ativismo judicial.

Para uma percepção clara:

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida de crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa. (GOMES, 2009)

Existem inúmeras críticas ao fato de o Judiciário praticar ativismo judicial, pois esses, criam, alteram, complementam, sem ter legitimidade para o ato, sendo que estes não foram nem se quer eleitos, muitos menos para exercerem tal função.

Surgindo então o denominado Poder Contramajoritarismo, no qual pode o judiciário agir de forma negativa, quando declara uma lei inconstitucional, como pode agir de forma positiva, ao dar uma interpretação à lei. Porém isso acaba gerando muitas incontroversas, e nessa idéia disciplina:

Como é possível que um minúsculo grupo de juizes, que não são eleitos diretamente pela cidadania (como são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e, portanto gozam de estabilidade em seus cargos, livre do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância sobre a vontade popular?. (ROSA JUNIOR, 2008)

E reforçando esse pensamento:

Na verdade, um magistrado só apresenta uma legitimidade legal e burocrática, não possuindo qualquer legitimidade política, para impor ao caso concreto sua opção político-ideológica particular na eleição de um meio de efetivação de um direito fundamental. Sucede que, em nosso sistema, os magistrados não são eleitos, mas sua acessibilidade ao cargo dá-se por meio de concursos públicos, o que lhes priva de qualquer representatividade política para efetuar juízos desta magnitude. Ademais, por sua própria formação técnica e atuação no foro, é evidente que os magistrados são incapazes de conhecerem as peculiaridades concretas que envolvem a execução de políticas públicas que visam a realizar concretamente direitos fundamentais pela Administração Pública. (CRITSINELIS, 2003, p. 28)

Entretanto, embora não haja previsão expressa, podemos dizer que, o contramajoritarismo, encontra fundamentos nas cláusulas abertas, costumes e princípios. Este deve assegurar que todos tenham acesso ao direito, e não apenas a maioria.

## **7 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Há uma grande necessidade de se frisar a diferença entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, já que não se tratam da mesma coisa. Os direitos humanos estão sempre ligados à dignidade do ser humano e seu convívio em sociedade, sendo que os direitos fundamentais são aqueles estabelecidos no âmbito constitucional.

Para clarear, explica que:

Em que pese sejam ambos os termos (direitos humanos e direitos fundamentais) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente, para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem o ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram a validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 27, p. 36)

A dignidade da pessoa humana, além de um dos principais e mais importante princípio, é este que norteia a criação dos direitos fundamentais. Deve

este ser respeitado, e ter-lo como base para a criação de qualquer norma, pois a sua violação causaria afronta aos direitos assegurados constitucionalmente.

E assim dispõe:

A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles importaria uma violação ao valor da pessoa humana. (MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 248)

Dento da sociedade, deve além do Estado, cada indivíduo respeitar essa colocação, sendo que só haverá sua efetividade, se houver entendimento de qual importante se faz valer este princípio.

E assim expõe:

Só há dignidade, portanto, quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, o que impõe, necessariamente, a expansão da consciência ética como prática diuturna de respeito à pessoa humana. (BITTAR, 2005, p. 302)

É para o homem os direitos criados, devendo este antes de querer se valer dele, respeitá-lo.

A eficácia dos direitos fundamentais, pode se dar de duas maneiras.

Primeiramente, pode ela ocorrer de forma social ou efetiva, que se trata dos casos em que os seus destinatários a aderem, respeitando-as e cumprindo-a com a sua finalidade.

Porém pode ela se dar de forma que sua efetividade seja jurídica, ou seja, se foi feito o que a letra de lei previa, terá como consequência o que ela expressa. Podendo essa ser imediata, da forma que assim que entrou no ordenamento jurídico vigente, passa a valer de pronto. E pode ela ser mediata, na qual haverá um tempo determinado previamente, para que os seus destinatários se acostumem, e depois de passado esse período, ela passar a valer efetivamente.

Atualmente tem se entendido a nova idéia da existência da eficácia das normas horizontais, ela se trata de que a norma fundamental estipulada no ordenamento deve ser respeitada entre seus particulares, sendo que grande parte da doutrina entende que neste caso, o prazo para sua efetividade seria mediata, sendo

um mecanismo de defesa do particular contra o Estado, no qual consistiria em uma relação extra-estatal. Com isso se entende que não pode os direitos fundamentais ser aplicados de forma direta entre os indivíduos, devendo ser primeiramente concretizada através de regulamentações infraconstitucionais, para que somente depois seja cobrado.

E com propriedade explana:

a) poder-se-á sustentar que a concretização de determinadas normas de direitos fundamentais por intermédio do legislador ordinário leva a uma aplicação mediata do legislador, que na edição das normas de direito privado, deve cumprir e aplicar os preceitos relativos aos direitos fundamentais; b) uma aplicação indireta da Constituição também se verifica quando o legislador ordinário estabeleceu cláusulas gerais e conceitos indeterminados que devem ser preenchidos pelos valores constitucionais, de modo especial os contidos nas normas de direitos fundamentais. (SARLET, 2007, p. 232)

Com esse entendimento, nota-se que para parte dos doutrinadores é necessário que se tenha uma norma regulamentadora, para haver a efetividade.

Entre tantos os direitos fundamentais também podem possuir sua eficácia imediata, e sendo assim, se tem o entendimento de que dispõe o artigo 5º parágrafo primeiro da Constituição Federal, no qual prevê que as normas de direitos fundamentais terão sua aplicabilidade imediatamente. Até mesmo entre particulares.

E para basear este entendimento:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado Clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, nas condições de direito de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre público e o privado, os direitos fundamentais alcançam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado Social de Direito apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômicos, já que é nesta esfera que a liberdade encontram particularmente ameaçadas. (SARLET, 2007, p. 398 e 399)

Uma sociedade que preza pelo bom andamento de suas leis, sejam elas entre particulares ou entre o Poder-Público, deve-se buscar o melhor meio de efetivá-las.

Dessa forma entende-se que a efetividade dos direitos fundamentais se baseia na idéia de se dá proteção quando se há desigualdade entre os seus particulares, quando se mostra que não há como sem a interferência dessa idéia de se buscar a efetividade.

E para finalizar o que se foi colocado:

O reconhecimento do efeito horizontal parece ser necessário quando encontramos, entre os particulares em conflito, uma evidente desproporção de poder social. Uma grande empresa é juridicamente um sujeito de direito igual a qualquer um de seus empregados. Enquanto sujeito de direito, a empresa tem a liberdade de decidir unilateralmente sobre a rescisão contratual. Na realidade a diferença em termos de poder social, ou seja, o desequilíbrio estrutural de forças entre as partes juridicamente iguais é tão grande que poderíamos tratar a parte forte como detentora de um poder semelhante ao do Estado. (DIMOULIS, MARTINS, 2007, p. 109)

Sendo assim. Diante a existência de desigualdade entre seus particulares, não se resta dúvida de que para que se tenha a eficácia horizontal plena, deve sua aplicabilidade ser imediata, pois até mesmo assim foi que a Constituição previu no que se trata de direitos fundamentais.

## **8 DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

O Estado através dos tempos e com o passar dos anos teve que ter o seu poder alterado para se enquadrar na evolução em que a sociedade vinha constantemente sofrendo foi necessário que houvesse mudanças para que o Estado continuasse no poder.

Não se resta dúvida que o Estado é o único que tem poder para delegar funções, cabendo a ele o papel de dividir os seus poderes para que se tenha um melhor resultado. Contudo, valendo-se do estado democrático de direito, é certo que esse poder não poderia ser absoluto, cabendo limitar, que é o que a Constituição Federal, tentou estabelecer.

A jurisdição penal é muito mais que apenas aplicar a pena contida no tipo, o juiz ao exercê-lo deve zelar pela aplicação justa, coerente e devida. Deve esse dentro de um processo, agir de forma que se busque a justiça, não podendo permitir que haja abusos e nem violações.

O Estado assegura inúmeros direitos a cada cidadão, entretanto, ao desrespeitar o que a lei estabelece, deve esse ser submetido à sanção correspondente ao seu ato. Contudo, não se pode haver abuso, seja essa de força,

de autoridade ou de poder. Podendo o individuo ter certos direitos restringidos, em razão dos atos por ele mesmo praticado.

Salienta-se que para se ter um exato andamento da Sociedade, faz-se necessários que a coletividade esteja obedecendo a suas leis, e que a elas se submetam.

O Direito Penal do Inimigo estabelece uma aplicação diferenciada ao individuo que comete atos irregulares e graves contra o estado. Sendo este Direito classificado como a terceira velocidade do Direito Penal. Foi trazida pelo doutrinador alemão Günther Jakobs, no ano de 1985, com o intuito de impedir e combater a criminalidade nacional e internacional. Busca tratar o ofensor não como cidadão, e sim como inimigo do Estado, visando prioritariamente não punir o que ele fez em seu passado, e sim o que ele vai fazer. Agindo dessa forma como um Direito Penal prospectivo.

O surgimento de novos crimes torna necessário criar novas tipificações, fazendo-se necessário que o nosso direito acompanhe a evolução e a “criatividade” dos criminosos, para que se possa proteger a sociedade em que convivemos. Cabendo, dessa forma, classificar o criminoso em duas classes, os delinqüentes que após cometer atos que o Estado proíbe continuam a ser considerados e tratados como cidadãos, tendo seus direitos e garantias asseguradas, dos então chamados inimigos do Estado, sendo estes representantes do mal, cabendo um tratamento mais árduo, diferenciado dos demais, perdendo com isso os seus direitos e garantias estabelecidas em nossa Constituição Federal vigente.

Contudo não se pode ter como regra tal Direito, tendo que ser utilizada como exceção. Não é qualquer indivíduo que ao delinqüir estará sujeito à aplicação desse sistema de direito, e sim uma parcela menor de indivíduos que buscam com seus atos causarem mal em proporções bem maiores.

Sendo que se estes não querem continuar a seguir normas de deveres e direitos de um cidadão, não poderão se beneficiar das normas mais benignas, e nem de seus benefícios. Pois estes abriram mão, no exato momento em que resolveram agir contra o Estado.

## 8.1 O Inimigo do Estado

O inimigo do Estado se trata daquele em que perdeu qualquer tipo de ligação com a sociedade, é aquele em que pelos seus atos agressivos praticados contra o Estado, não terá assegurado nenhum direito ou garantia previsto para outros cidadãos.

Diferente de outros filósofos da época, tais quais Rosseau que dizia que o individuo ao agir contra o Estado, entra em guerra consigo mesmo, devendo dessa forma morrer, e de Fichte que acreditavam que qualquer ato de delinqüência praticado, não se poderia mais estes serem tratados como cidadão, perdendo todos os seus direitos, como também Kant, no qual se pronunciava no sentido em que se o individuo não respeita a sociedade em que vive, deve este ser tratado como inimigo. E por fim Hobbes que entendia ser o inimigo aquele que cometesse alta traição contra o Estado, bastando assim tão somente, ser considerado inimigo.

Porem quem melhor apresentou um conceito e uma estrutura foi o doutrinador Gunther Jakobs, pois este previu um tratamento diferenciado, no qual, ele dividia sua aplicação em dois tipos de criminosos, aquele que delinqüiu, porém, pode ser novamente socializado á sociedade, permanecendo nele o estado de pessoa cidadã, e do individuo que através de suas praticas agressivas lhe é retirado o papel de cidadão, somente permanecendo o indivíduo, sem nenhum direito ou garantia. O Inimigo será aquele que praticar crimes mais graves.

E dando uma melhor definição:

Criminosos econômicos, terroristas, delinqüentes organizados, autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas são os indivíduos potencialmente tratados como "inimigos", aqueles que se afastam de modo permanente do Direito e não oferecem garantias cognitivas de que vão continuar fieis à norma. (MORAIS, 2009, p. 167)

Sendo assim, entende-se que não é qualquer crime que terá o sujeito, mas nenhuma garantia, mas sim aqueles que agirem contra os deveres e ultrapassarem os limites colocados pelo Estado, de forma mais grave.

## 8.2 A Teoria de Günter Jakobs

Essa idéia foi iniciada por volta de 1985 pelo alemão Günter Jakobs, por estar este indignado com o direito penal parcial alemão, onde apresentou pela primeira vez esse entendimento, em uma palestra de Direito Penal em Frankfurt, no qual não foi muito aceito. Porém, já em 1999, em Berlim na Alemanha, aonde ocorria a Conferência do Milênio, é que Günter transformou suas críticas em defesas. Mas tarde em 2003, Jakobs publica seu trabalho, intitulado como “O Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo”, no qual apontou todas as características para que houvesse sua aplicabilidade.

Nessa ideia se resume que:

Podemos dizer que em 1985 Jakobs adota uma postura descritiva, porém crítica; em 1999 adota uma postura Cautelosa, todavia de aceitação parcial e, finalmente em 2003 passa a defender a adoção do Direito Penal do Inimigo diante do contexto “guerra” entre as “nações civilizadas” e os “terroristas”. (BINATO JUNIOR, 2007, P.122)

Essa teoria foi bastante estudada, e se prevê dois tipos de direito. O do cidadão que comete um ato reprovado pelo estado, porém ainda continua a ser considerado como tal. E o do inimigo no qual não lhe é resguardado direitos nem garantias.

E nessa teoria apresentada por Günter Jakobs, se tem como características: a) Antecipar a pena do Inimigo, se baseado no que ele iria cometer; b) Relativizar as penas e garantias aplicadas ao inimigo, ou até mesmo suprimi-las; c) Aplicar leis específicas criadas para indivíduos que violar o estabelecido nessa legislação.

### **8.2.1 Antecipação da Pena**

Entende-se por esta característica, afastar o delinqüente da prática reprovativa, ou seja, antes mesmo que comece a executar seus atos, deve o Estado tomar providencia para que não seja cometido.

Ressalta que o interesse aqui é que se haja punição pelos atos preparatórios e os delitos de mera conduta. Se querendo dessa forma a erradicação do perigo.

### **8.2.2 Relativização ou Supressão dos Direitos e Garantias**

Sem dúvida alguma, é essa característica a mais criticada. O Brasil assegura em sua Constituição Vigente direito e garantias que ao longo do tempo foram adquiridas, tais qual o Devido processo legal, Presunção de inocência, entre muitas outras.

Entretanto, o que se deve pensar aqui, não é provar o ato delinqüente, mas sim provar que se trata o individuo de um inimigo do Estado, não querendo este respeitar as leis que regulamenta a vida em sociedade, não deve este ser entendido como um sujeito que merece os direitos e garantias asseguradas pelo Estado.

### **8.2.3 Aplicação de Leis Especifica e Mais Severas**

Busca-se aplicar uma pena com a mesma severidade de que se o ato tivesse sido praticado. Não havendo aqui uma redução de pena. A pena aplicada seria a mesma do inicio dos atos preparatório até a sua efetiva consumação.

Não se estaria analisando aqui a culpabilidade do autor, mas sim a sua intenção ficando demonstrado dessa forma comprovado a sua periculosidade.

## **8.3 A Terceira Velocidade do Direito Penal**

É considerado o Direito Penal do Inimigo como uma espécie de terceira velocidade do direito penal.

Entende-se que a primeira velocidade estaria ligada ao fato de se utilizar de penas privativas de liberdade, contudo, se assegurando todos os direitos e garantias estabelecidas em nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Já a segunda velocidade do direito penal, estaria vinculada a aplicação alternativa de uma pena que não fosse a de prisão, como ocorre nos casos de penas restritivas de direito e de multa, desde que enquadrado dentro dos requisitos legais.

A terceira velocidade seria uma mescla entre as duas velocidades acima, sendo que é aqui que mais se aproxima o Direito Penal do Inimigo, por entender que se poderiam ter alguns direitos suprimidos desde que fosse pelo bem da sociedade.

#### **8.4 O Direito Penal do Inimigo e a sua Aplicabilidade**

Embora não aceito e previsto expressamente em nosso ordenamento jurídico, podemos dizer que há resquícios do Direito Penal do Inimigo na nossa legislação.

Muitos doutrinadores vinculam as características apresentadas por Jakobs a algumas leis estabelecidas pelo ordenamento brasileiro.

Com uma maior propriedade, dispõe:

De acordo com Jakobs, se tem como característica o direito Penal:

1ª) seu objetivo não é a garantia da vigência da norma, mas a eliminação de um perigo;

Entre nós, o regime disciplinar diferenciado, previsto nos arts. 55 e ss da Lei de Execução penal, projeta-se nitidamente à eliminação de perigos.

2ª) a punibilidade avança em boa parte para a incriminação de atos preparatórios;

Inspirando-se num exemplo de Jakobs, pode-se notar essa tendência no Brasil, onde uma tentativa de homicídio simples, que pressupõe atos efetivamente executórios, pode vir a ser punido de modo mais brando do que a formação de quadrilha para a prática de crimes hediondos ou assemelhados (art. 82 da Lei n. 8.072, de 1990), na qual se tem a incriminação de atos tipicamente preparatórios.

3ª) a sanção penal, baseada numa reação a um fato passado, projeta-se também no sentido da segurança contra fatos futuros, o que importa aumento de penas e utilização de medidas de segurança;

O aumento de penas tem sido recurso freqüente em nosso País, Exemplos: Lei dos crimes Hediondos, Lei de Lavagem de Capitais e Lei que dispõe sobre falsificação de produtos alimentícios ou medicinais. (JESUS, 2008)

Dessa forma se nota que embora não esteja previsto de forma clara em nossa regulamentação, o Direito Penal do Inimigo se mostra presente em nossa legislação. É ampla a existências de crimes, por exemplo, que punem os atos preparatórios, como os casos de quadrilha ou bando<sup>11</sup>, associação para o tráfico<sup>12</sup>, posse de instrumentos utilizados para a prática de furtos<sup>13</sup>, assim como também se puni os crimes de mera conduta, como ocorre no caso de haver violação ao domicílio<sup>14</sup>.

A Lei dos crimes hediondos<sup>15</sup> é outro exemplo do qual se podem notar resquícios da Teoria do Direito Penal do Inimigo, no qual se prevê aumento de pena na ocorrência de certos atos praticados.

A Lei do Crime Organizado<sup>16</sup> prevê expressamente a possibilidade de realizar uma ação controlada, ou seja, como ocorre nos casos do Flagrante postergado, em que se pode retardar uma ação imediata para que se chegue ao um resultado mais eficiente.

## **8.5 O Direito Penal do Inimigo e o Princípio Contramajoritário**

O Princípio Contramajoritário como já visto anteriormente, se legitima quando o Juiz investido de seus poderes dá a parte o direito de realizar sua defesa. Entretanto não se trata do direito do povo, não são eles que escolhem o jeito e a forma em que o acusado será julgado, cabendo tão somente ao juiz realizar isso na forma da lei.

Em nossas legislações são assegurados imensos direitos, dos quais se forem suprimidos, podem acarretar nulidade do processo. Cabendo ao Magistrado, de forma parcial, garantir que sejam efetivados tais direitos.

---

<sup>11</sup> Art. 288 do Código Penal. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes.

<sup>12</sup> Art. 35 da Lei 11.343/06. Associarem-se duas ou mais pessoa para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos art. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei.

<sup>13</sup> Art. 25 do Decreto Lei 3.688/41. Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima.

<sup>14</sup> Art. 150 do Código Penal. Entrar ou permanecer, clandestinamente

<sup>15</sup> Lei dos Crimes Hediondo 8.072/90

<sup>16</sup> Lei dos Organizado 9.034/95

A Teoria do Direito Penal do Inimigo vem sendo muito discutida no longo desses últimos anos, analisando-se se a sua aplicabilidade tem ou não um cabimento, entretanto não há nada pacificado.

Vivemos em uma sociedade onde se busca conceder direitos e garantias a todos os indivíduos, independentemente de suas ações. Não se pode retroagir ao um ponto de se perder o controle da atitude de prevenção tomada pelo Estado, porém, poderia se pensar em equilibrar essa Teoria, através do Princípio do Contramajoritarismo.

Se para preservar o bem de mais sujeitos, fosse possível realizar a prevenção contra um, do qual já se tem comprovado a sua periculosidade, e o prejuízo que este está preste a causar, poderiam o magistrado de forma que não restringisse por total seus direitos, mas sim o suficiente para que se tivesse resguardado a segurança da população, e que para esse fosse julgado com penas mais árduas, passar por cima de algumas garantias.

É certo que o Brasil em dias atuais não se tenha um sistema do qual possa realizar essa prevenção, de forma a não acontecer abusos contra inocentes. Contudo, é de se pensar em um aprimoramento no sistema penal, criando assim um sistema mais específico e restrito de combate aos crimes de maior periculosidade.

O Princípio Contramajoritário visa o “governo da maioria”, porém ele não pode ser considerado absoluto, ele é limitado pelo texto constitucional.

O Poder Judiciário é um poder que abarca garantias, tais como: a irredutibilidade de vencimentos, inamovibilidade e vitaliciedade, estas garantias buscam dar uma maior segurança para o juiz, permitindo que ele possa fazer um julgamento sem se sentir coagido nem pressionado a conceder a vontade da parte mais forte dentro do processo. E através desse princípio, é dado ao magistrado autonomia e segurança para ir contra a vontade da maioria, podendo esse se basear no texto constitucional.

Poder-se-ia, então, pensar em um Direito Penal onde se busca dar segurança para a sociedade em dois aspectos: procura assegurar que o Estado possa agir de forma que, suspeitando de um perigo eminente que pode chegar a causar perigo em proporções maiores, venha agir de forma a prevenir tal mal, através de medidas assecuratórias, porém, conferindo ao ofensor um processo que não restrinja ao todo seus direitos e garantias fundamentais, mas concedendo em

uma menor proporção o seu direito de ter um julgamento onde ele possa provar sua culpa ou não, limitando, então, o Direito Penal do Inimigo através do Princípio Contramajoritário. Dessa forma, através de uma legislação específica, o juiz poderia estabelecer os direitos e garantias que se enquadra ao caso.

Deve-se ressaltar que o Brasil demorou muito para se chegar ao um Estado com direitos e garantias assegurados, e conforme Luiz Alberto Davi Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 131 e 132), eles prevê a existência de um Estado Democrático Social de Direito que visa à busca do bem estar social através do reconhecimento e da proteção dos direitos fundamentais. Sendo assim, é de se colocar na balança tal idéia, para que não se tenha um retrocesso.

## 9 CONCLUSÃO

Muito embora a população na grande maioria dos casos, principalmente como nos que tem repercussões nacionais, queira a condenação do acusado, o Juiz é quem vai presidir a instrução criminal, podendo este se achar mais coerente, absolver o ofensor da conduta, ou condená-lo. Não devendo permitir que a vontade do povo, ainda que em sua maioria, influencie na sua decisão nem das dos jurados, como ocorre nos crimes dolosos contra a vida em que vai para o Júri.

Nota-se que o Poder Judiciário é o único órgão dos poderes onde o povo não exerce sua soberania popular, ou seja, não escolhem seus representantes; se estão lá é porque foram aprovados em concurso público, ou porque demonstraram desempenho e se destacaram ao exercer sua profissão. Dessa forma, é concedida maior autonomia para seus atos, podendo os magistrados agir de forma que melhor achar adequada para se assegurar o bem da coletividade.

Embora o Direito Penal do Inimigo vise de certa forma radicalizar o sistema brasileiro, deve se ponderar o bem jurídico que se esta sendo protegido, pois dessa forma, ficaria mais fácil algumas vezes, diminuir um direito pelo bem em geral, podendo se pensar ainda em penas mais altas para que o delinqüente não tivesse a audácia de cometê-los.

Contudo, não é esse sistema possível de ser realizado em dias atuais, pois se faz necessário que para isso, não se cometa erros, ao ponto de prejudicar um inocente, precisando-se aprimorar essa idéia.

O Poder judiciário vem crescendo e se tornando cada vez mais independente, cabendo então a eles decidirem sobre os novos rumos que serão tomados.

Fica claro que haverá grande fortalecimento do direito Penal, para que se haja fortalecimento para se proteger os direitos e garantias fundamentais, impedindo assim a generalização de um direito penal do inimigo sem limites.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCON, Pietro de Jesus Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALMEIDA, Vicente Paulo. **Ativismo judicial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19512>>. Acesso em 2 set. 2012.

ALVES, Gabriel Pelosi. **Aplicabilidade da norma eleitoral em face da lei complementar 135/10 (Lei da ficha limpa) relacionado ao poder contramajoritário do juiz**. 2011. 66 p. Monografia (Graduação de Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2011.

ALVES, Ricardo Luiz. **Montesquieu e a teoria da tripartição dos poderes**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 386, 28 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5484>>. Acesso em: 24 ago. 2012.

AMORIM, Ivan Gerage. **Notas sobre o Estado Democrático de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3041, 29 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20310>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

ARAUJO, Luiz Roberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **Anotações de aula de Processo Penal II**. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em 1 set. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Barroso, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> . Acesso em 03 set. 2012

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**: (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art04102005.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm)> . Acesso em: 03 out. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **Tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.  
BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2º ed. São Paulo: Editora Afiliada, 2008.

BINATO JUNIOR, Otávio. **Do estado Social ao estado Penal: o Direito Penal do Inimigo como novo Parâmetro de Racionalidade Punitiva**. Dissertação (mestrado)- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós Graduação em Direito, 2007

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processual Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocesualismo**: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e protagonismo Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição; direito constitucional positivo**. 17. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios Gerais de direito público**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964.

COELHO, Luana Xavier Pinto. **Garantias procedimentais do princípio democrático**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/36822/1>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

CRITSINELIS, Marcos Falcão. **Políticas Públicas e Normas Jurídicas**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle da constitucionalidade: teoria e prática**. 4ª ed. rev. Salvador: JusPODIVM, 2010

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. 1ª ed. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>> . Acesso em: 2 set. 2011.

GOUVEIA, Jorge Bacerlar. **Direito internacional público. Textos fundamentais**. Portugal: Coimbra, 2005.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. PORTO ALEGRE: Livraria do Advogado, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo. Breves considerações.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 24 set. 2012.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes parte 1 Princípios Metafísico da Doutrina do Direito.** Lisboa - Portugal: Edições 70, 2006.

LACERDA, Galeano. **Teoria Geral do Processo.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** 6ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 15 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. **A Democracia.** 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição.** 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional.** Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(8\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(8)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2012

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** 2ª ed. São Paulo: Millennium, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 2ª ed, ver., atual. E ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Poder Contramajoritário do Juiz.** Disponível em: <http://www.leieordem.com.br/gilmar-mendes-juiz-nao-e-para-ouvir-o-vendedorda-esquina.html> .Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em entrevista ao Jornal O Globo. Lei & Ordem. Acesso em 02 set. 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito Constitucional.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Os 10 anos de Constituição Federal.** São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: Direito penal do Inimigo**. Dissertação de Mestrado apresentada para a Faculdade de Direito Pontifícia Católica de São Paulo, 2006.

OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. **Direito Processual Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RAMINA, Larissa. **Direito Internacional Convencional**. Juí: Unijuí, 2006

REIS, Alexandre Cebrian Araújo, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Processo Penal Parte Geral**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSA JUNIOR, Faustino. **O problema da Judicialização da Política e da Politização do Judiciário no Sistema Constitucional Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=833](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833)> . Acesso em 02 set. 2012.

SANTOS, Bruna Izídio de castro. **O princípio contramajoritário como característica do controle de constitucionalidade**. 2011. 76 f. Trabalho de conclusão de curso (Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema Constitucional das Crises: os direitos fundamentais face a situações extremas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, José Afonso da. **O sistema Representativo e a democracia semi-direta: democracia participativa**. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/345/3.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VALVERDE, Thiago Pellegrini. **Voto no Brasil: Democracia ou Obrigatoriedade?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1027, 24 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8282>> . Acesso em: 30 ago. 2012.