

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO**

**O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO  
PENAL DO INIMIGO**

Carolyne Garrido Barreto

Presidente Prudente/SP  
2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO**

**O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO  
PENAL DO INIMIGO**

Carolyne Garrido Barreto

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de Curso para obtenção do Grau de Especialista em Direito Penal e Processo Penal sob a orientação do Prof. Marcus Vinicius Feltrin Aquotti.

Presidente Prudente/SP  
2018

**O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO  
PENAL DO INIMIGO**

Trabalho de Monografia aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de  
Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal.

---

Marcus Vinicius Feltrin Aquotti  
Orientador

---

Mário Coimbra  
Examinador 1

---

Rodrigo Lemos Arteiro  
Examinador 2

Presidente Prudente, agosto de 2018

Dedico o presente trabalho à minha família, que sempre me incentivou a crescer e me apoiou em mais uma etapa.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, que me deu saúde e condições para que eu pudesse concluir mais uma fase da minha trajetória.

Aos meus pais que me passaram seus valores éticos e morais que serviram de alicerce na construção da pessoa que sou hoje e que sempre estiveram ao meu lado, me apoiando e transmitindo a tranquilidade necessária para o desenvolvimento do presente trabalho.

Ao meu namorado Messias, por estar ao meu lado em mais um momento importante, me apoiando e me incentivando a buscar o crescimento.

Ao meu orientador, professor Marcus Vinicius, pela confiança e toda a dedicação na realização deste trabalho.

Por fim, agradeço a todos que de alguma forma estiveram presentes nessa caminhada e que tornaram possível a chegada deste momento.

*“Agir, eis a inteligência verdadeira. Serei o que quiser. Mas tenho que querer o que for. O êxito está em ter êxito, e não em ter condições de êxito. Condições de palácio tem qualquer terra larga, mas onde estará o palácio se não o fizerem ali?”*  
*(Fernando Pessoa)*

## RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar o fenômeno do ativismo judicial no Brasil como manifestação do Direito Penal do Inimigo. Para tanto, fez-se necessária a breve exposição dos princípios que regem o Direito Penal, pois dentre as características do Direito Penal do Inimigo está a flexibilização de direitos fundamentais e a inobservância de princípios basilares. Foi desenvolvido ainda um capítulo acerca do Direito Penal do Inimigo, no qual discorreu-se sobre sua origem, conceito, características e as críticas a este modelo apresentado por Gunther Jakobs. No mesmo capítulo, abordou-se alguns institutos brasileiros que possuem características do Direito Penal do Inimigo, como por exemplo o Regime Disciplinar Diferenciado. Referiu-se também à separação dos poderes e a delimitação da atuação de cada um deles para que fosse possível concluir sobre como a atividade do Poder Judiciário pode ser considerada como ativismo judicial e qual a relação dessa atuação com o Direito Penal do Inimigo.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Ativismo Judicial.

## **ABSTRACT**

The present work intends to analyze the phenomenon of judicial activism in Brazil as externalization of the Criminal Law of the Enemy. Thereby, it was exposed the principles that rules the Criminal Law, because amongst the characteristics of Criminal Law of the Enemy lies the relativization of the fundamental rights and the inobservance of the basics principles. Moreover, it was developed a chapter about the Criminal Law of the Enemy in which broached about its origins, concept, characteristics and the reviews about this model thought up by Gunther Jakobs. At the same chapter, it was brought some Brazilian institutes that encompass some characteristics of the Criminal Law of the Enemy, such as the called "Regime Disciplinar Diferenciado". It was even approached the separation of the powers and the regulation of the action of which one, in order to make possible to conclude how the activity of the Judicial System could be considered as judicial activism, and how this activity correlates with the Criminal Law of the Enemy.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. judicial activism

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS</b> .....	12
2.1 Princípio da Legalidade .....	12
2.2 Princípio da Culpabilidade .....	14
2.3 Princípio da Intervenção Mínima .....	15
2.4 Princípio da Humanidade .....	17
2.5 Princípio da Pessoalidade e da Individualização da Pena .....	18
<b>3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO</b> .....	21
3.1 Origem, Conceito e Significado .....	21
3.2 Suporte Filosófico .....	23
3.3 Características .....	24
3.4 Críticas ao Direito Penal do Inimigo .....	26
3.5 Manifestações do Direito Penal do Inimigo no Brasil .....	27
3.5.1 Lei dos crimes hediondos .....	27
3.5.2 Regime disciplinar diferenciado .....	29
3.5.3 Lei antiterrorismo .....	30
<b>4 ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	32
4.1 A Separação de Poderes e a Função Jurisdicional no Brasil .....	32
4.2 Conceito de Ativismo Judicial e a Judicialização da Política .....	34
<b>5 O ATIVISMO JUDICIAL COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO</b> .....	36
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	40
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	42

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por justificativa a atual manifestação da teoria do Direito Penal do Inimigo, introduzida pelo jurista alemão Günther Jakobs na década de 80, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, através de mecanismos de “combate à criminalidade”, com foco principalmente nas ações de organizações criminosas, nos crimes de terrorismo, tráfico de drogas e corrupção.

Nesse contexto, observa-se que a atuação do poder judiciário tem se destacado especialmente em razão de fenômenos como o ativismo judicial, recorrente na jurisprudência brasileira e objeto de polêmica dentre os estudiosos. Isto porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece em seu artigo 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, isto é, um não deve invadir a competência do outro.

No entanto, tem se tornado comum a interferência do Judiciário diretamente no âmbito de atuação do Poder Legislativo e até mesmo no Executivo, como por exemplo a recente suspensão pelo Supremo Tribunal Federal, do Decreto 9.246, de 21 de dezembro de 2017, o qual concedia indulto natalino e comutação de penas.

Diante da crescente propagação de grupos criminosos, agindo de maneira cada vez mais organizada e sofisticada e em contrapartida o presente clamor social por punição, faz-se necessário analisar a possibilidade de utilização de mecanismos mais rígidos para o alcance da finalidade punitiva.

Dentre tais ferramentas destaca-se o a ativismo judicial, tema que será abordado sob o aspecto de manifestação do Direito Penal do Autor, também conhecido como Direito de Terceira Velocidade.

Há quem defenda que devido à proporção que a criminalidade atingiu na sociedade, o Direito Penal do Cidadão não seria suficiente para punir o inimigo, qual seja aquele que perdeu o *status* de pessoa em razão do risco que representa para o convívio social.

Visualiza-se que, embora não admitido explicitamente, o modelo descrito por Jakobs passou a ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da criação excessiva de tipos penais e a flexibilização de garantias a fim de se atingir a função sancionatória desse ramo do Direito.

O trabalho tem como objetivo a apresentação de um panorama da influência do Direito Penal do Inimigo na legislação brasileira, bem como na atuação dos órgãos julgadores, levando a uma reflexão sobre o atual cenário da criminalidade nacional e a necessidade de adoção de medidas capazes de solucionar ou pelo menos amenizar este quadro.

O objeto a ser pesquisado será a Teoria do Direito Penal do Inimigo e a sua relação com o ativismo judicial. Para tanto, será abordado um breve histórico acerca do surgimento, desenvolvimento e infiltração do instituto no Direito nacional e internacional, além da análise de jurisprudências e discussões doutrinárias correlatadas.

## 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Inicialmente faz-se necessário expor o conceito de princípio. Resumindo os ensinamentos de Robert Alexy (2015, p. 90), pode-se dizer que:

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, institui um Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos a dignidade de pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III.

Partindo dessa premissa, verifica-se que a Constituição impõe princípios a serem observados como forma de garantia da dignidade e da liberdade do cidadão contra abusos por parte do Estado, princípios esses que orientam todos os ramos do Direito, inclusive o Penal.

Neste capítulo, serão abordados alguns dos princípios constitucionais que regem o Direito Penal, quais sejam os da Legalidade, Culpabilidade, Intervenção Mínima, Humanidade, Pessoalidade e Individualização da Pena.

### 2.1 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade, pode ser definido como a base do Direito Penal e está intimamente ligado à Dignidade da Pessoa Humana. Para Brandão (2002) apud Lima (2012, p. 97) “o conceito do princípio estabelece que pela lei não somente se protege o homem das ações lesivas aos bens jurídicos, pela lei se protege o homem do próprio Direito Penal”. Isto é, o princípio aplica-se não só ao criminoso, mas a todo cidadão.

Luiz Luisi (2003, p. 17) ensina que o Princípio da Legalidade desdobra-se em três subprincípios, quais sejam, o da Reserva Legal, relacionado às fontes das

normas penais incriminadoras; o da Determinação Taxativa, concernente à enunciação das normas e, por fim, o da Irretroatividade, relativo à validade das disposições penais no tempo.

O postulado da Reserva Legal está evidenciado no inciso XXXIX do artigo 5º, da CF/88, que prevê: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Isto significa que todo crime deve estar descrito na norma e toda pena deve ser cominada a um tipo penal.

[...] o postulado da Reserva Legal, além de arginar o poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tornando certos o delito e a pena, asseguram ao cidadão que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos, e naquelas penas previamente fixadas pode ser processado e condenado (LUISI, 2003, p. 23).

Quanto ao postulado da Determinação Taxativa, comumente conhecido como taxatividade, trata-se da imposição de clareza da norma, ou seja:

O postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo tempo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correte e de uma linguagem rigorosa e uniforme (LUISI, 2003, p. 24).

Tal subprincípio visa coibir a arbitrariedade do julgador, limitando-o e servindo, portanto, como garantia ao cidadão face ao poder punitivo do Estado.

Para Lopes (2000) apud Davico (2013, online), “é mister que a lei defina o fato criminoso, ou melhor, enuncie com clareza os atributos essenciais da conduta humana de forma a torná-la inconfundível com outra, e lhe comine pena balizada dentro dos limites não exagerados”.

Por derradeiro, no tocante ao Princípio da Irretroatividade, é importante destacar o que estabelece o artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Feita esta consideração, verifica-se que o princípio versa acerca da proibição de aplicação da lei penal a fato ocorrido antes de sua vigência, exceto quando esta for mais benéfica ao réu.

O inciso XL do art. 5º da Constituição Federal, em reforço ao princípio da legalidade previsto no inciso XXXIX do mesmo artigo, diz que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. A regra constitucional, portanto, é a da irretroatividade da lei penal; a exceção é a retroatividade, desde que seja para beneficiar o agente. Com essa vertente do princípio da legalidade tem-se a certeza de que ninguém será punido por um fato que, ao tempo da ação ou da omissão, era tido como um indiferente penal, haja vista a inexistência de qualquer lei penal incriminando-o (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*) (GRECO, 2017, p. 175).

O princípio em apreço tem a finalidade de garantir segurança jurídica ao cidadão, para que este não seja penalizado em razão de fatos que no momento da execução não eram puníveis.

Luisi (2003, p. 26) ensina que a irretroatividade constitui complemento lógico ao postulado da Reserva Legal, pois expressa a exigência da atualidade da lei, impondo o alcance sobre fatos cometidos após o início de sua vigência, não incidindo sobre fatos anteriores.

Importante ressaltar que a possibilidade de retroatividade em benefício do réu alcança, inclusive sentença transitada em julgado.

## 2.2 Princípio da Culpabilidade

A Culpabilidade, princípio constitucional não expresso, porém extraído do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, está ligada ao juízo de reprovabilidade sobre a prática da conduta típica e ilícita. Rogério Greco (2017, p. 168) leciona que conduta reprovável ou censurável “é aquela levada a efeito pelo agente que, nas condições em que se encontrava, podia agir de outro modo”.

Neste mesmo sentido, Miguel Reale Junior (1998) apud Rogério Greco (2017, p. 168) aponta que ‘reprova-se o agente por ter optado de tal modo que, sendo-lhe possível atuar em conformidade com o direito, haja preferido agir contrariamente ao exigido pela lei’.

Ainda sobre o conceito de culpabilidade:

Desde von Liszt, a doutrina absolutamente dominante acolheu o termo ‘culpabilidade’ para exigir a possibilidade de imputação do injusto a seu autor. Pois já faz tempo que se vem levantando vozes contrárias à conveniência desse termo. A expressão ‘imputação pessoal’ tem a vantagem de que deixa mais claro que nesta segunda parte da teoria do delito se trata de atribuir

(imputar) o desvalor do fato penalmente antijurídico ao seu autor: não se castiga uma 'culpabilidade' do sujeito, senão se exige que o fato penalmente antijurídico, o único que o direito deseja prevenir, seja imputável penalmente ao seu autor (MIR PUIG, 1996) apud (GRECO, 2017, p. 168).

O princípio da Culpabilidade pode ser observado de três diferentes enfoques, quais sejam: como elemento do conceito analítico de crime, como limite de aplicação da pena e como impedidor de responsabilidade penal objetiva.

Primeiramente, a culpabilidade é um dos elementos do conceito analítico de crime de Weizel. Isto é, não basta o fato ser típico e ilícito, mas para que seja punível deve ser também culpável. Desta maneira, se não constatada a culpabilidade do agente pela prática do fato, não há que se falar em responsabilização (GRECO, 2017, p. 169).

Quanto à segunda faceta da culpabilidade, Rogério Greco (2017, p.171) leciona que, após constatada a existência da infração penal, o agente estará, em tese, condenado. O juiz deverá, então, atribuir a pena correspondente à infração, observando a culpabilidade do agente de forma a delimitar a aplicação da pena, momento em que verificar-se-á as regras do critério trifásico estabelecidas pelo artigo 68 do Código Penal.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima (2012, p.108) explica que o último conceito refere-se ao próprio princípio da culpabilidade, que impede a atribuição de responsabilidade objetiva, exigindo-se a responsabilização subjetiva (dolo ou culpa) para que se fale em fato típico e conseqüentemente infração penal.

Desta maneira, Carlos Parma (1997) apud Rogério Greco (2017, p. 171) resume:

Quando nos referimos à culpabilidade podemos fazê-lo em diferentes sentidos. Por um lado fazemos referência ao conceito de culpabilidade que se refere à fundamentação da pena em si; somente podemos aplicar uma pena ao autor de um fato típico, antijurídico e culpável. Também nos referimos à culpabilidade em relação ao fundamento para determinação da pena. Não o utilizamos para fundamentar a pena em si, senão para determinar a sua graduação: gravidade, tipo e intensidade. O terceiro conceito caracteriza a culpabilidade como o oposto à responsabilidade pelo resultado.

### **2.3 Princípio da Intervenção Mínima**

O Princípio da Intervenção Mínima ou da Subsidiariedade, segundo Guilherme de Souza Nucci (2016, online), significa que num estado Democrático de

Direito, o Direito Penal deve intrometer-se como *ultima ratio* na vida privada do cidadão. Isto é, apenas quando outros ramos do direito não se mostrarem suficientes para a solução de conflitos é que o Direito Penal deverá ser utilizado.

Sendo assim, este ramo do Direito deve preocupar-se apenas com os bens de maior relevância. Nesse sentido, Greco (2017, p. 126) explica que o legislador utiliza um critério político, variável conforme o contexto social, determina as condutas, comissivas ou omissivas, que merecem a atenção do Direito Penal, visando sempre a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade.

É notório, portanto, o caráter limitador do Princípio da Intervenção Mínima:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito (MUÑOS CONDE apud GRECO, 2017, p. 126).

Além do caráter limitador, o Princípio da Intervenção Mínima possui a finalidade de embasar a descriminalização de determinadas condutas em virtude da mutação da sociedade.

A norma penal incriminadora, impositiva de sanção, deve ser a *ultima ratio*, ou seja, a última hipótese que o Estado utiliza para punir o infrator da lei. Logo, o caminho ideal é a busca da descriminalização, deixando de considerar infração penal uma série de situações ainda hoje tipificadas como tal. Exemplo maior do que ora defendemos é a Lei das Contravenções Penais. Seus tipos penais são, na maioria absoluta, ultrapassados, vetustos e antidemocráticos. Promovem formas veladas de discriminação social e incentivam a cizânia dentre pessoas, que buscam resolver seus problemas cotidianos e superficiais, no campo penal. Pensamos que não haveria nenhum prejuízo caso houvesse a simples revogação da Lei das Contravenções Penais, transferindo para o âmbito administrativo determinados ilícitos e sua punição, sem que se utilize da Justiça Criminal para compor eventuais conflitos de interesses, como, por exemplo, uma ínfima contrariedade entre vizinhos porque um deles está com um aparelho sonoro ligado acima do permitido (art. 42, III, LCP) (NUCCI, 2016, online).

Verifica-se, portanto, que o referido princípio possui tanto o condão de nortear o legislador para que se escolha os bens jurídicos mais importantes a serem tutelados, quanto serve de base para retirar da alçada do Direito Penal, assuntos que outrora foram considerados de tal importância que não bastavam os outros ramos do Direito para protegê-los, mas que, atualmente, já não necessitam dessa especial proteção.

## 2.4 Princípio da Humanidade

O Princípio da Humanidade, segundo Jescheck (1972) apud Luisi (2003, p. 46) “é o reitor do cumprimento da pena privativa de liberdade”, e consiste em identificar o transgressor como pessoa humana.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima (2012, p. 119) explica o conceito deste Princípio:

O Princípio da Humanidade, concebido como imposição restritiva, é, aqui, vinculado ao fundamento de que a pena deve sempre considerar a característica de que todo condenado é humano, não podendo ser estabelecida nenhuma sanção visando sofrimento em demasia a ele, pois o Direito não pode desconhecê-lo como pessoa humana. Implica, assim, uma concepção livre das sanções que, por seu conteúdo (v.g. natureza, duração) ou condições de execução, maltratem a dignidade do ser humano.

Tal princípio, originário do iluminismo, está consagrado pela atual Constituição Federal seu artigo 5º, inciso XLIX que assegura “aos presos o respeito, à integridade física e moral”; no inciso L, que estabelece que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” e, principalmente no inciso XLVII do referido artigo, em que se proíbe a aplicação de penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Lima (2012, p. 120) refere-se ainda aos ensinamentos de Immanuel Kant, que afirmava que o homem é um fim em si mesmo e, portanto, não pode ser tratado como meio ou coisa, mas sim como fim ou pessoa. Desta maneira:

Penalizar é possível, todavia, não se pode fazer da pena a violência contra a violência, mesmo porque a história revela que a violência das penas sempre foi mais ignominiosa para a humanidade que a história da violência dos crimes. Enquanto no delito a violência costuma ser ocasional e, às vezes, impulsiva e necessária, a violência da sanção é programada, consciente, organizada por muitos contra um. Se não é tolerável a vingança privada, porque seria a vingança pública? (LIMA, 2012, p. 120)

## 2.5 Princípios da Pessoalidade e da Individualização da Pena

O artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal prevê que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”

Em razão do Princípio da Pessoalidade, também conhecido como Princípio da Intranscendência da pena, apenas o condenado deverá cumprir a pena que lhe foi imposta em razão da prática de fato criminoso, não podendo a reprimenda ser estendida a terceiros que não possuam ligação com a prática delituosa.

Na lição de Zaffaroni (1996) apud Greco (2017, p. 158) “nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, haja vista ser uma ingerência ressocializadora sobre o condenado”.

Quanto à obrigação de reparação do dano, esta poderá ser estendida aos sucessores, porém a responsabilidade será limitada ao valor do patrimônio herdado, conforme verifica-se no artigo 1.997 do Código Civil, a seguir transcrito: “A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido, mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube”.

Importante ressaltar que a pena de multa possui caráter penal e, portanto, não pode ser cobrada dos herdeiros em caso de falecimento do condenado.

Mesmo considerada legalmente como dívida de valor, a multa é ainda uma das três modalidades de pena previstas pelo art 32 do Código Penal, razão pela qual pelo simples fato de, a partir da vigência da Lei nº 9.268/96, ser inscrita como dívida ativa da Fazenda Pública, passível tão somente de execução, não sendo mais permitida sua conversão em pena privativa de liberdade, não perdeu ela sua natureza penal e como tal deverá ser tratada, impedindo-se a sua cobrança após a morte do autor da infração. Para reforçar esse entendimento, diz o art. 107, I, do Código Penal que a morte do agente extingue a punibilidade. Assim, a cobrança da pena de multa aplicada, mesmo sendo considerada dívida de valor, somente pode ser levada a efeito se não houver ocorrido a extinção da punibilidade (GRECO, 2017, p. 159).

O artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal determina que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens; multa;

- c) prestação social alternativa;
- d) suspensão ou interdição de direitos.

Nelson Hungria apud Luiz Luisi (2003, p. 52) define a individualização da pena como “Retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”.

Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 31) conceitua ainda que: “Individualização da Pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus”.

A individualização da pena é aplicada em três fases distintas, que são: a legislativa, a judicial e a executória, também chamada de administrativa.

Na primeira etapa, legislativa, o legislador seleciona quais condutas, positivas ou negativas devem ser criminalizadas e, levando em conta o grau de importância dos bens jurídicos tutelados, bem como nível da lesão a tais bens, comina-lhes a pena estabelecendo patamares mínimo e máximo.

A proteção à vida, por exemplo, deve ser feita com uma ameaça de pena mais severa do que aquela prevista para resguardar o patrimônio; um delito praticado a título de dolo terá sua pena maior do que aquele praticado culposamente; um crime consumado deve ser punido mais rigorosamente do que o tentado etc. A esta fase seletiva, realizada pelos tipos penais no plano abstrato, chamamos de cominação. É a fase na qual cabe ao legislador, de acordo com um critério político, valorar os bens que estão sendo objeto de proteção pelo direito penal, individualizando as penas de cada infração penal de acordo com a sua importância e gravidade (GRECO, 2017, p. 149).

Na fase judicial, pressupõe-se a prática de um delito e a pena abstrata deve ser aplicada ao caso concreto. Para tanto, caberá ao juiz individualizar a pena através da dosimetria, aplicada conforme os requisitos previstos no artigo 59 do Código Penal, a seguir transcrito:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

Por fim, na fase executória ou administrativa, deverá incidir a individualização da pena conforme previsto no artigo 5º da Lei de Execução Penal, 7.210/84, que estabelece que: “Os condenados serão classificados, segundo seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

Neste sentido, Julio Fabbrini Mirabete (2004, p. 60-61) ensina que:

Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista de que a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um.

Desta maneira, Rogério Greco (2017, p. 150) resume que “[...] a individualização da pena ocorrerá em três fases distintas: a) cominação; b) aplicação; e c) execução”.

### 3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal, conforme explica o professor Alexandre Rocha de Almeida de Moraes (2010, p. 23) é o reflexo da ética social e da moral de um povo, sendo portanto, dinâmico, perpetuando a consonância entre a liberdade e a segurança do cidadão.

Assim, diante do contexto atual de sociedade globalizada; a ascensão de grupos terroristas; o advento de novos tipos de delitos; o aumento da criminalidade e, especialmente no Brasil, o descrédito na atuação política, o Direito Penal do Inimigo tem encontrado espaço no ordenamento jurídico brasileiro.

Isto porque tais circunstâncias levam a sociedade a acreditar na necessidade de endurecimento das normas penais como forma de proteção do cidadão.

#### 3.1 Origem, Conceito e Significado

O jurista alemão Günther Jakobs foi quem introduziu e difundiu o conceito de Direito Penal do Inimigo apresentando-o em três momentos distintos.

Em 1985, em Frankfurt, durante um seminário de Direito Penal, apresentou o conceito em tom de preocupação, criticando a tendência alemã de criminalização do “estado prévio à lesão de um bem jurídico” (APONTE, 2005) apud (MORAES, 2010, p. 181).

[...] a noção de Direito Penal do inimigo proposta por Gunther Jakobs na primeira aproximação (1985) é consideravelmente mais ampla (incluindo setores de regulação mais próximos ao ‘Direito Penal da colocação em risco’, ou delitos de nova introdução dentro do setor da atividade econômica) que a da segunda e terceira fases (a partir de 1999), mais orientada nos delitos graves contra bens jurídicos individuais (de modo pragmático: terrorismo) (MELIÁ, 2012, p. 94)

Posteriormente, em 1999, na Conferência do Milênio em Berlim, o precursor do tema apontou novamente a existência do Direito Penal do Inimigo,

advertindo, dessa vez, sobre a necessidade de delimitação deste, a fim de se evitar uma completa contaminação do que ele chamou de Direito Penal do Cidadão.

O Direito Penal do Cidadão, no entendimento de Jakobs, tem a função “reafirmar a vigência da norma”, enquanto o Direito Penal do Inimigo visa a neutralização do “inimigo”, isto é, daquele que não oferece garantias mínimas de que deve ser tratada como pessoa, que oferece risco à sociedade (MORAES, 2010, p. 181 e 186).

O Direito Penal do Cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do Inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Nesse sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz (JAKOBS E MELIÁ, 2003) apud (MORAES, 2010, p. 185)

Finalmente, no início dos anos 2000, Jakobs teria demonstrado um posicionamento defensor de tal modelo, principalmente após os atentados terroristas em Nova Iorque e Madri.

Aponte (2005) apud Moraes (2010, p. 183) sinaliza que essa postura pôde ser verificada em outubro de 2004, quando em uma conferência em Bogotá, Jakobs variava entre a crítica aos modelos de Direito Penal extremo e a desmedida da resposta penal.

Verifica-se portanto que Günther Jakobs não defendia a teoria aqui estudada desde logo, pois inicialmente criticava a atuação alemã e só após os acontecimentos envolvendo grupos terroristas é que demonstrou defendê-la.

Manuel Cancio Meliá (2012, p. 95) leciona que:

A essência deste conceito de Direito Penal do inimigo está, então, em que este se constitui em uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe tão só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativas [...]. Com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos.

Desta maneira, observa-se que no entendimento de Jakobs há duas modalidades de Direito Penal, uma aplicável ao cidadão que, ainda que pratique um delito não oferece risco à sociedade e outro ao inimigo, aquele que deixa de possuir

status de pessoa em razão do risco que oferece ao convívio social. Neste conceito insere-se o terrorista.

Luiz Flávio Gomes (2004, online) resume a tese de Jakobs elencando como inimigos os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas e que por serem considerados cidadãos, não podem usufruir dos benefícios do conceito de pessoa.

### 3.2 Suporte Filosófico

Segundo o entendimento de Günther Jakobs (2012, p. 24), Direito é o que vincula possuidores de direitos e deveres, enquanto a relação com um inimigo determina-se pela coação, e pena é coação. Todo direito, especialmente o Penal, pode aplicar coação.

O autor fundamenta a divisão do Direito Penal em teorias filosóficas de Immanuel Kant, Thomas Hobbes, Jean Jacques Rousseau e J. H. Fichte, a seguir descritas.

Luiz Flávio Gomes apud Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2010, p. 186), resume o suporte filosófico adotado por Jakobs:

a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra com ele; logo deve morrer como tal (Rousseau); b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o 'estado comunitário-legal', deve ser tratado como inimigo (Kant).

Moraes (2010, p. 187) esmiúça tal supedâneo mencionando que, para Rousseau (1712-1778) o malfeitor entra em guerra contra o Estado, razão pela qual deixa de fazer parte dele e 'ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão'. Fichte (1762-1814), no mesmo sentido diz que 'quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com a sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a estar em um estado de ausência completa de direitos'.

Verifica-se que embora tenha apresentado os conceitos supramencionados, Jakobs parece não aprová-los, uma vez que diz o seguinte:

Não quero seguir a concepção de Rosseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato. (MELIÁ E JAKOBS, 2012, p. 25-26).

Jakobs (2012, p. 26) explica que para Hobbes, embora também teórico do contrato social, “o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*”. Exceto na situação de rebelião, em que perde-se o caráter de submissão, recaindo-se ao estado de natureza. Complementa ainda que “aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos”.

Kant, por sua vez, defende que “toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã”. Em sua concepção, aquele que não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão, deve ser tratado como inimigo, pois nega a constituição existente. (MELIÁ E JAKOBS, 2012, p. 28).

Diante de tais preceitos, Jakobs, segundo Moraes (2010, p. 190) delimita dois tipos de Direito Penal, evidenciando que aquele que “por princípio ou de maneira permanente, comporta-se e modo desviado frente a ordem jurídica sem oferecer garantia de conduzir-se como pessoa, deverá ser tratado como inimigo”.

### 3.3 Características

O ilustre professor Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2010, p 196) lista as principais características que identificam a aplicação do Direito Penal do Inimigo nas sociedades:

- a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b) desproporcionalidade das penas;

- c) legislações, como nos explícitos casos europeus, que se autodenominam de 'leis de luta ou de combate';
- d) restrição de garantias penais e processuais e
- e) determinadas regulações penitenciárias ou de execução penal como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil.

Sobre a antecipação da tutela penal, verifica-se que o Direito Penal do Inimigo versa sobre a periculosidade do autor, do risco que ele oferece à sociedade. Em razão disso, a punição de atos preparatórios e a criação de crimes de mera conduta e perigo abstrato, visam a prevenção do dano que viria a ser causado pelo inimigo.

Exemplos da aplicação desta característica no ordenamento jurídico brasileiro são: o crime descrito nos artigo 291, do Código Penal (apetrechos para falsificação de moeda) e a Lei 13.260/2016 (antiterrorismo).

A desproporcionalidade das penas está inserida na característica já mencionada, haja vista que em vários desses delitos não há a possibilidade de redução de pena.

Quanto às chamadas "leis de luta ou de combate", vale citar a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), que quando promulgada conferiu tratamento muito mais rigoroso ao autor de crime hediondo. Tanto que, posteriormente, foi modificada pela Lei 11.464/07, haja vista sua divergência com relação à Constituição Federal de 1988.

A relativização de garantias processuais e penais, conforme SÁNCHEZ (2002, p.150) ocorre em razão das dificuldades de persecução e prova nesse âmbito:

[...] é provável que o âmbito dos "inimigos", caracterizado até agora pela ausência da "segurança cognitiva mínima" das condutas, mostre ainda em alguns casos uma dimensão adicional, complementar, de negação frontal dos princípios políticos e socioeconômicos básicos de nosso modelo de convivência. Da mesma forma, em casos dessa natureza (criminalidade de Estado, terrorismo, criminalidade organizada) surgem dificuldades adicionais de persecução e prova. Daí por que, nesses âmbitos, em que a conduta delitativa não somente desestabiliza uma norma em concreto, senão todo o Direito como tal, se possa discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente a da relativização das garantias substantivas e processuais.

Moraes (2010, p. 205) defende que embora tais flexibilizações sejam criticadas por aqueles que reprovam o Direito Penal do Inimigo, vale lembrar que a Lei 9.099/95, a fim de afastar a pena privativa de liberdade nas infrações de menor potencial ofensivo, utilizou-se deste artifício, isto é previu a imposição de penas alternativas à prisão, sem a produção de provas.

Esse tipo de legislação, enaltecido por muitos daqueles que acidamente criticam um modelo de 'Direito Penal do Inimigo', não teria contribuído para legitimar e institucionalizar um modelo de Direito Penal que flexibilizasse garantias penais e processuais? Por outro lado, se é certo que tais características, tanto no Direito material, quanto no processual, estão presentes na legislação do Ocidente, como seria possível o enfrentamento da criminalidade econômica, organizada e terrorista, com parâmetros exclusivamente liberais clássicos?

### 3.4 Críticas ao Direito Penal do Inimigo

Pode-se dizer que uma das mais recorrentes críticas ao modelo de Direito Penal ora estudado está relacionada ao fato de que, segundo a proposta de Jakobs, o inimigo não tem status de pessoa, pois não oferece garantia de comportamento tal qual.

Segundo Narciso Alvarenga Monteiro de Castro (2010, p. 97), autores como Zaffaroni defendem que o Direito Penal do Inimigo é ilegítimo por ser baseado em princípios contrários a um Estado Democrático de Direito, mas condizentes com um Estado autoritário, buscando “combater perigos com instrumentos supostamente inidôneos, porque rebaixariam o cidadão à categoria de ‘não-pessoa’; em suma, seriam ilegítimas exatamente por tratar alguns indivíduos como ‘inimigos’.

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto *ente perigoso ou daninho*. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre *cidadãos* (pessoas) e *inimigos* (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser consideradas pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do *hostis*, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito. (ZAFFARONI, 2007, p. 18).

A seguir, verifica-se algumas das críticas ao Direito Penal do Inimigo, enumeradas por Luiz Flávio Gomes (2004, online):

- a. O que Jakobs denomina Direito Penal do Inimigo, como bem sublinhou Cancio Meliá (ob cit., p. 59 e ss.), é nada mais que um exemplo de *Direito Penal do autor*, que pune o sujeito pelo que ele ‘é’ e faz oposição ao *Direito Penal do fato*, que pune o agente pelo que ele ‘fez’. A máxima expressão de Direito Penal de autor deu-se durante o nazismo, desse modo, o Direito Penal do inimigo relembra esse trágico período, é uma nova ‘demonização’ de alguns grupos delinquentes;
- b. se Direito Penal (verdadeiro) só pode ser vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado, urge concluir que ‘Direito Penal do cidadão é

um pleonasma, enquanto Direito Penal do inimigo é uma contradição'. O Direito Penal do inimigo é um 'não-direito', que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais;  
 [...]
 

- g. perdem lugar as garantias penais e processuais;  
 [...]
- k. mas esse Direito Penal do inimigo é claramente inconstitucional, visto que só podem conceber medidas excepcionais em tempos anormais (estado de defesa e de sitio) [...].

Importante destacar que nas críticas apresentadas por Gomes, faz-se menção à inconstitucionalidade do Direito Penal do Inimigo, pois conforme já entendido até aqui, este modelo de Direito Penal tem como característica a flexibilização de garantias constitucionais pois admite medidas excepcionais que, em regra, deveriam ser adotadas apenas em estados extremos.

Desta maneira, verifica-se ainda que o Direito Penal do inimigo é incompatível com o Estado democrático de direito pois não observa os princípios basilares como por exemplo a proporcionalidade.

Moraes (2010, p. 252) observa que:

[...] as críticas ao Direito Penal do Inimigo relacionam-se, necessariamente, à censura que grande parte da doutrina faz acerca dos novos paradigmas do Direito Penal da modernidade: simbolismo excessivo, flexibilização de garantias e princípios, retomada de políticas criminais mais preocupadas com o autor do que com o fato e funcionalização do Direito Penal que, pautada na busca da eficiência preventiva, desencadeou políticas criminais típicas de um Direito Penal de terceira velocidade, máxime para o combate da criminalidade organizada e do terrorismo.

### **3.5 Manifestações do Direito Penal do Inimigo no Brasil**

Diversas são as expressões do Direito Penal do Inimigo na legislação brasileira, não havendo aqui a necessidade de esgotá-las. Portanto, serão abordadas a seguir algumas das leis influenciadas por esta teoria.

#### **3.5.1 Lei de crimes hediondos**

Em atendimento ao mandamento constitucional expresso no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal a seguir transcrito, a lei 8.072, de 25 de julho de

1990 foi inserida na legislação brasileira a fim de promover um tratamento mais duro aos autores das práticas elencadas no próprio artigo e de outros crimes definidos como hediondos.

Art. 5º - [...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

A lei dos crimes hediondos foi promulgada num contexto de clamor social por soluções ao quadro de insegurança vivido pela população brasileira naquela época. Isto é, surgiu como tentativa de repressão aos crimes de violência praticados nos grandes centros urbanos.

Do ponto de vista substancial, o intenso clima de violência, que vem marcando o cotidiano dos grandes centros urbanos brasileiros, responsável por uma generalizada e indisfarçável síndrome do medo, também contribuiu seguramente para o surgimento da lei repressiva em exame. Sem esta sinistra realidade humana e social das duas últimas décadas, marcada por assassinatos, estupros, tráfico de drogas, assaltos armados, latrocínios e execuções sumárias, fenômeno gerador de indisfarçável e preocupante pânico entre os habitantes dos grandes aglomerados urbanos deste país e dificilmente haveria vontade e condições político jurídicas para a aprovação deste discutível e inoportuno diploma legal. (LEAL, 2003, p. 33)

Mais tarde, a Lei dos Crimes Hediondos teve sua redação alterada pela Lei 8.930, de 6 de setembro de 1994, a qual incluiu o homicídio qualificado no rol de crimes hediondos. Alteração essa que originou-se de um projeto de iniciativa popular liderado pela autora Glória Perez, mãe de Daniela Perez, brutalmente assassinada em 1992.

Ocorre que a norma violava princípios constitucionais como por exemplo o da individualização da pena, razão pela qual em 23/02/2006 o STF declarou a inconstitucionalidade do §1º do o artigo 2º, que previa o cumprimento de pena integralmente no regime fechado.

Ignorou o legislador o princípio da individualização da pena, previsto no art. 59 do CP e consagrado no art. 52, inc. XLVI, da CF, segundo o qual cada condenado receberá a reprimenda certa e determinada para prevenção e repressão do *seu* crime, cujo processo executório ficará também sujeito às regras do princípio individualizador, para que a expectativa de ressocialização do condenado (uma as funções da pena privativa de liberdade) Não fique completamente frustrada antemão. [...]  
Ignorou o legislador que a execução de longas penas privativas de liberdade em regime unicamente fechado representa um castigo insuportável e que,

por isso, desmotiva o preso para quem desaparece qualquer perspectiva, qualquer esperança de retorno à liberdade. Rigorosamente, submetido ao cumprimento de uma longa pena neste regime, o preso se transformará num rebelde, num amotinado e num violento destemperado, ou então num despersonalizado e desesperançado, sem vontade própria, sem dignidade e sem razão de viver, ou seja, no protótipo de um autêntico hipo-humano. (LEAL, 2003, p. 206)

Mais tarde, foi editada a Lei 11.464/07, que alterou a redação do § 1º, determinando que a pena deveria ser cumprida no regime inicial fechado. Ainda assim, em 27/06/2012, no julgamento do Habeas Corpus 111.840, o STF decidiu que a imposição do regime inicial fechado também é inconstitucional.

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. (HC111.840, ES, Rel. Min. Dias Toffoli)

### 3.5.2 Regime disciplinar diferenciado

O Regime Disciplinar Diferenciado surgiu como uma réplica à *mega rebelião* ocorrida em 2001 no sistema penitenciário paulista, fato de grande repercussão, que causou enorme impacto na opinião pública.

A dramatização da violência que envolve episódios cotidianos dessa natureza exerce atração, fascínio e horror, e, simultaneamente, suscita reações passionais da opinião pública. Nesses momentos, frequentemente, os gestores públicos, pautados pelos valores do senso comum, acabam por estimular o círculo vicioso por meio de respostas improvisadas e voluntaristas. As resoluções editadas pela Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, logo após a megarrebelião, demonstram claramente as tentativas premidas de urgência por parte dos administradores “em assegurar a disciplina e a ordem do sistema prisional”. (FREIRE, 2005, p. 126).

Após a edição de normativas internas dos sistemas penitenciários de alguns estados, finalmente em 1º de dezembro de 2003, o Regime Disciplinar Diferenciado foi inserido na Lei de Execução Penal (7.210/84) através da Lei 10.792,

Modificado, o artigo 52 da Lei 7.210/84 passou a estabelecer o seguinte:

Art. 52 - A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Observa-se que trata-se de uma expressão do Direito Penal do autor, principalmente no tocante ao previsto nos parágrafos 1º e 2º, visto que não se fala em punição pelo fato, mas sim pelo risco que a pessoa representa.

A imposição de uma fórmula de execução da pena diferenciada segundo características do autor relacionadas com “suspeitas” de sua participação na criminalidade de massas não é mais do que um “Direito penal de inimigo”, quer dizer, trata-se da desconsideração de determinada classe de cidadãos como portadores de direitos iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle. A adoção do Regime Disciplinar Diferenciado representa o tratamento desumano de determinado tipo de autor de delito, distinguindo evidentemente entre cidadãos e “inimigos”. (BUSATO, 2006, online).

### 3.5.3 Lei antiterrorismo

De início, importante relembrar que a Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 5º, inciso XLIII um mandado de criminalização referente à prática de terrorismo.

Passaram-se vinte e cinco anos até que fosse promulgada a Lei que regulamentaria o tema, pois só em 2 de agosto de 2013 nasceu a Lei 13.260/2013, a fim de disciplinar o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais

e reformulando o conceito de organização terrorista, conforme o próprio artigo 1º da Lei.

O legislador definiu o conceito de terrorismo e de atos terroristas no artigo 2º, *caput* e no §2º, respectivamente.

Para Ruchester Marreiros Barbosa (2016, online), “não se trata de um tipo remetido, norma penal em branco ou uma norma explicativa, apesar de muito parecida com esta. [...] Estamos diante de um tipo penal anormal, complexo e pluriofensivo”. Barbosa ainda destaca que o legislador parece ter esquecido de elaborar um tipo remetido e uma norma explicativa para os termos “terror social” e “organização social”, o que, em confronto com o princípio da legalidade, coaduna-se ao Direito Penal do Inimigo, que possui como uma de suas características a relativização de princípios e garantias.

Outra característica de Direito Penal do Inimigo na lei é a antecipação da tutela penal, já que seu artigo 5º prevê a punição de atos preparatórios.

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

[...]

Sobre isso, ensinou Rogério Greco (2007) apud Lima (2015, online):

Regra geral é que a cogitação e os atos preparatórios não sejam puníveis. Em hipótese alguma a cogitação poderá ser objeto de repreensão pelo Direito Penal, pois *cogitationis poenam nemo patitur*. Contudo, em determinadas situações, o legislador entendeu por bem punir de forma autônoma algumas condutas que poderiam ser consideradas preparatórias, como nos casos dos crimes de quadrilha ou bando (art. 288, CP) e a posse de instrumentos destinados usualmente à prática de furtos (art. 25, LCP)

É perceptível que o escopo da Lei 13.260/2013 é de neutralizar um perigo ao Estado, pois trata o sujeito ativo como pessoa essencialmente perigosa, razão pela qual tenta puni-la antes mesmo que inicie a conduta efetivamente lesiva.

Não restam dúvidas de que na construção desta norma houve grande influência da modelo de Direito Penal apresentado por Jakobs.

## 4 ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial diz respeito à interferência do Poder Judiciário nos demais poderes através de uma atuação mais proativa. Tendo em vista que pode ser confundido com a judicialização da política, ver-se-á mais a frente as principais diferenças entre tais conceitos.

### 4.1 A Separação de Poderes e a Função Jurisdicional no Brasil

O modelo político adotado pela República Federativa do Brasil para constituir-se num Estado Democrático de Direitos, tem como princípio a Separação dos Poderes e, conforme artigo 2º da Constituição Federal de 1988, prevê a existência de três poderes, independentes e harmônicos entre si, quais sejam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Essa separação de poderes, como já defendia Montesquieu, possui a finalidade de impedir a concentração de poderes em uma única autoridade, fator importante para que se possa garantir a liberdade do cidadão.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo da magistratura o Poder Legislativo está reunido ao mesmo Poder Executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar crimes ou as divergências dos indivíduos. (MONTESQUIEU, 1985, p. 149) apud (NUNES JUNIOR, 2016, p. 38).

Sobre cada um dos poderes, Amandino Teixeira Nunes Júnior (2016, p. 38) explica que para Montesquieu, o Poder Legislativo deveria ser assumido por duas casas, sendo uma representante do povo e outra representante da nobreza; que o Executivo deveria ser entregue ao monarca, pois teria de ser exercido por uma pessoa, não várias como no Legislativo; e o Judiciário, deveria ser outorgado

momentaneamente a pessoas extraídas do povo, que não seriam nada além de meros “pronunciadores das sentenças da lei”.

No Brasil, como já assinalado, a Separação dos Poderes fundamenta a Constituição do Estado Democrático de Direito, e cada poder possui suas funções:

*A função legislativa* consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas *leis*. *A função executiva* resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples *execução das leis*, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em *função de governo*, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e *função administrativa*, com suas três missões básicas: *intervenção, fomento e serviço público*. *A função jurisdicional* tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse (SILVA, 1999, p. 110 – 112).

Diante da delimitação das funções de cada poder, cabe aqui aprofundar-se um pouco sobre a função do poder judiciário.

Os artigos 92 a 126 da Constituição Federal regulam o funcionamento do Poder Judiciário, bem como sua organização.

A função do Poder Judiciário é garantir os direitos individuais, coletivos e sociais e resolver conflitos entre cidadãos, entidades e Estado. Para isso, tem autonomia administrativa e financeira garantidas pela Constituição Federal.

Além disso, possui duas funções atípicas: administrativa e legislativa, sendo esta última referente ao seu regimento interno.

Ao lado das funções de administrar e legislar, ao Estado também compete a função judicial, ou jurisdicional, dirimindo as controvérsias que surgem quando da aplicação das leis. O judiciário, porém, como as demais funções do Estado, possui outras atribuições, denominadas atípicas, de natureza administrativa e legislativa. Ex.: concessão de férias aos seus membros elaboração de seus regimentos internos.

A função típica do Poder Judiciário é exercer a atividade jurisdicional, pela qual o Judiciário substitui a vontade das partes solucionando os conflitos ao declarar o Direito e julgar. (BAHIA, 2017, p. 343)

Isso significa que o Judiciário não deve exercer atividades estranhas às suas funções, pois não possui estrutura para tanto, haja vista a necessidade de características específicas para cada tipo de atividade.

Judiciário tem características estruturais e institucionais que restringem significativamente sua capacidade de promover mudanças sociais abrangentes. É difícil de imaginar, por exemplo, a criação e implementação

de uma política pública da magnitude do SUS, do Bolsa Família ou do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), por ordem judicial. Programas dessa dimensão requerem complexas medidas legislativas e administrativas que dependem, em última instância, da combinação de vontade política e expertise técnica para as quais o Judiciário não é capacitado, vocacionado ou legitimado. Além disso, medidas desta abrangência dependem diretamente da arrecadação e alocação de volumes significativos de recursos. (COUTINHO) apud (FONSECA, 2016, online).

Outrossim, não pode o julgador, seja na figura do Juiz ou do Tribunal, decidir um conflito com base em critérios de foro íntimo, isto é, de acordo com suas crenças, sua filosofia de vida e suas definições morais. Deve o julgador aplicar o direito de maneira objetiva, fundamentando suas decisões nas normas já existentes.

#### **4.2 Conceito de Ativismo Judicial e a Judicialização da Política**

Embora não haja unanimidade em relação ao conceito de ativismo judicial, é válido transcrevê-lo a seguir sob a ótica de Luiz Roberto Barroso (2008, online):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. 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, notadamente em matéria de políticas públicas.

Isto é, o ativismo judicial é a interferência do poder judiciário na atuação dos demais poderes, principalmente do poder legislativo, normalmente com a finalidade de efetivação de normas constitucionais na relação poder político-sociedade civil.

Inocência Mártires Coelho (2010, online) traz o entendimento do professor Elival da Silva Ramos e de Saul Tourinho Leal sobre o tema:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário

fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Saul Tourinho Leal, de sua parte, mesmo destacando que há dificuldade em se fixarem critérios objetivos para uma conceituação sobre o termo ativismo judicial, assinala que a expressão está associada à ideia de exorbitância de competência por parte do Poder Judiciário, razão porque – adverte – chamar-se de ativista a um tribunal implica atribuir-lhe algo de negativo na sua conduta institucional.

Para ambos os autores, portanto, o ativismo judicial significa uma espécie de mau comportamento ou de má consciência do Judiciário acerca dos limites normativos substanciais do seu papel no sistema de separação de poderes do Estado Constitucional de Direito.

Importante ressaltar que os conceitos aqui apresentados não devem ser confundidos com o de Judicialização, que diferente do ativismo judicial, configura-se numa “circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não de um exercício arbitrário deliberado de vontade política”.

Um juiz pratica ativismo quando decide, a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização da política é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional). (STRECK, 2011, p. 589) apud (NUNES JUNIOR, 2016, p. 34).

Ou seja, no ativismo judicial existe a escolha, a interpretação expansiva, enquanto na judicialização existe a vinculação à pretensão do poder Constituinte.

## 5 O ATIVISMO JUDICIAL COMO MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

No que diz respeito à área penal, seja de direito material, processual ou até de execução, é comum depararmos com “especialistas” em programas de televisão, jornais e em páginas de internet, exteriorizando suas indignações acerca da lei penal brasileira; dizendo que bandido bom é bandido morto; que é um absurdo a “fulana” condenada por assassinar os pais ter direito à saída temporária de dia das mães, dentre outros comentários, muitas vezes advindos de pessoas que não possuem conhecimento sobre os princípios que regem o Direito Penal e os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Diante dos níveis de corrupção, violência e da ação do crime organizado, a opinião pública manifesta-se pelo anseio de justiça através da punição do corrupto, do assassino, do traficante, do inimigo da sociedade, e é aí que entra a figura do julgador.

Isto porque recentemente a mídia passou a destacar positivamente atos do Poder Judiciário que passam por cima de princípios e garantias, tendo como justificativa o interesse social, visando proporcionar uma sensação de segurança à população e de justiça.

Essa atuação ativista e politizada é consequência de em um Poder Judiciário empoderado por uma crise política sem precedentes e fragilidade das instituições democráticas. Nesse cenário, no qual se destaca o popular e controverso juiz federal Sérgio Moro, bem como a atuação determinante do Supremo Tribunal Federal, assistimos, nos noticiários, juízes determinarem os rumos do país: Lula será ou não ministro? Terá ou não foro privilegiado? Interceptações telefônicas podem ser publicizadas, mesmo quando envolvem não investigados e a Presidente da República? As garantias processuais, quando sopesadas com uma finalidade “nobre”, qual seja, de caçada à corrupção, devem ou não prevalecer? (AZEVEDO e CARDOSO, 2016, online).

É claro que o Direito não é uma ciência exata e demanda interpretação. Nesse sentido, Mauro Capelletti (1993, p. 23) entende que certo nível de criatividade faz parte da interpretação, o que não deve ser confundido com a total liberdade. E complementa:

Discrecionabilidade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é um criador completamente

livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais. (CAPELLETTI, 1993, p. 24)

Um dos mais recentes exemplos de ativismo judicial foi exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, 2016, alterou seu posicionamento acerca da possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância.

Tal decisão repercutiu de maneira polêmica, haja vista muitos não concordarem e considerarem uma afronta à Constituição Federal.

As consequências de um ativismo que materializa anseios populares vai de encontro às conquistas históricas sintetizadas pela constituição, a qual sofre interpretações ideológicas, inclusive, do seu máximo intérprete - o Supremo Tribunal Federal. O STF, em momento de absoluto ativismo, mudou a jurisprudência da Corte, afirmando que é possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância, em aberto conflito com a regra da presunção de inocência inserto no artigo quinto da constituição. (STF, HC 126.292/SP, 2016). (JESUS e PINTO JUNIOR, 2015, p. 82)

No entanto, em seu voto, o relator do Habeas Corpus, Ministro Teori Zavaski, argumentou que na apelação há o esgotamento do debate acerca dos fatos que ensejaram a ação penal, não restando, portanto, presunção de inocência. O Ministro ainda considerou justificável a inversão do princípio da presunção de inocência no caso concreto.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990. (HC HC 126292 / SP, 2016)

Ainda no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da possibilidade de execução provisória da pena confirmada em segundo grau, firmando a seguinte tese:

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal<sup>1</sup>

Embora o argumento utilizado pelo STF, muitos defendem a tese de que a condenação transitada em julgado é aquela sobre a qual não cabe mais recurso e que a Constituição é clara ao estabelecer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, razão pela qual tal posicionamento não passa de ativismo judicial.

Nessa linha de pensamento, pode-se dizer que há manifestação do Direito Penal do Inimigo, uma vez que princípios como o da presunção de inocência, bem como o da culpabilidade, este apresentado no presente trabalho, são atropelados pela antecipação da pena.

Outro caso que tem sido tratado como exemplo pela crítica é a atuação do julgador de primeiro grau da operação lava-jato, o Juiz Sérgio Moro. Isto porque uma das condutas causadoras de maior alvoroço na opinião pública foi a que possibilitou a divulgação de áudios captados de uma conversa entre o ex-presidente, investigado na operação, e a então presidente da república, que além de não figurar como investigada, possuía prerrogativa de função conforme o artigo 102, I, “b” da Constituição Federal, razão pela qual não poderia ter sido exposta da maneira como ocorreu.

Sobre o fato em questão, Moreira (2016, online) demonstra indignação:

Ora, o que deveria fazer o juiz Sergio Moro? Remeter imediatamente os autos, sob sigilo absoluto, ao presidente da suprema corte para encaminhamento ao procurador-geral da República, única autoridade no Brasil com atribuição inicial para avaliar, sob o prisma do Direito Penal, a conduta da chefe de governo. Sim, sob rigoroso sigilo. Obviamente que o segredo não aproveitaria o investigado, mas a presidente da República, não investigada e detentora de prerrogativa de foro. Isso era do interesse público: a preservação da autoridade da presidente da República (que não está imune à jurisdição penal, evidentemente) Não o fazendo, ou melhor, fazendo rigorosamente o inverso, ou seja, levantando o sigilo anteriormente imposto à investigação e possibilitando a divulgação da conversa, incidiu o

---

1 ARE 964.246, Min Teori Zavaski.

magistrado, ao menos em tese, no tipo penal previsto no artigo 4º, "h", da Lei 4.898/65, pois praticou "ato lesivo da honra" de pessoa física "sem competência legal". É crime! Ele é um juiz de Direito, conhece as leis da República e sabia o que estava fazendo. Agiu com dolo.

Importante ressaltar mais uma vez que, embora tratado como herói pela mídia, a regra é de que o julgador deve ser imparcial, não podendo agir como acusador ou defensor no processo, não devendo, portanto, transformar o curso do processo em espetáculo, inflamando quaisquer dos lados.

## 6 CONCLUSÃO

Por todo o exposto no presente trabalho, verifica-se que o Direito Penal, assim como outros ramos do Direito, deve ser regido por princípios compatíveis com o Estado Democrático de Direito, visando sobretudo a aplicação com observância dos direitos e garantias fundamentais.

Já o Direito Penal do Inimigo, modelo apresentado por Gunther Jakobs, tem como escopo neutralizar o risco oferecido pelo inimigo da sociedade e, em razão disso, possui características contrárias aos princípios penais e processuais penais.

Trata-se do Direito Penal do autor, e não do fato, isto é, pune-se o autor pelo risco que este representa e não pela conduta empregada.

No Brasil, embora a incompatibilidade deste modelo de direito com a constituição da República Federativa do Brasil, é possível identificar algumas influências dessa terceira velocidade do Direito Penal no ordenamento jurídico.

Além da quantidade excessiva de tipos penais existentes na nossa legislação atual, institutos como o Regime Disciplinar Diferenciado e a Lei Antiterrorismo, podem ser apontados como exemplos dessa influência, tendo estes últimos, características como a flexibilização de garantias e antecipação da punibilidade.

Não se pode olvidar que a sociedade está em constante evolução e conseqüentemente, a criminalidade também evolui, pois conforme observa-se todos os dias nos meios de comunicação, notícias envolvendo a atuação de organizações criminosas e crimes de colarinho branco geram revolta.

Em razão disso observa-se também que a população está mais exigente e tem clamado por leis mais duras e punições mais severas àqueles que atentam contra a ordem social.

Com efeito, o Poder Judiciário tem demonstrado atuação mais enérgica, visando atender aos anseios populares, por vezes invadindo a competência legislativa com a justificativa de atribuir novas interpretações à legislação vigente.

Conforme destacou-se, fatos como a espetacularização da Operação Lava a Jato e a decisão do STF acerca da prisão em segunda instância demonstram uma mudança nos rumos do Direito Penal brasileiro através do ativismo judicial, influenciado, de certa forma, pelo Direito Penal do Inimigo.

Desta maneira, é possível concluir que embora antagônico à Constituição da República Federativa do Brasil, o Direito Penal o Inimigo já se entrelaçou ao nosso ordenamento jurídico e que tem se manifestado não só pelas leis vigentes mas também pelas decisões judiciais.

Tal constatação não é propriamente uma crítica à atuação do Poder Judiciário, pois é certo que existe a necessidade de uma reforma na legislação penal como um todo, pois se desde que há sociedade, há o direito, este deve acompanhar o progresso daquela haja vista a necessidade de proteção dos bens jurídicos mais importantes.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. Título original: Theorie der Grundrechte, 2006.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Lei antiterrorismo e Direito Penal do Inimigo. **JusBrasil**, abr. 2016. Disponível em:.. Acesso em: 2 mai. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Consultor Jurídico. 22 de dezembro de 2008. Disponível em:< [https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=4](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4)>. Acesso em 20 mai. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2018.

BRASIL. Lei 13.260, de 16 de março de 2016. **Lei Antiterrorismo**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm) >. Acesso em: 02 mai. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 111.840**. Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Paciente: Edmar Lopes Feliciano. Relator: Ministro Dias Toffoli. Espírito Santo. 14 de junho de 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>> Acesso em: 02 mai. 2018

BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. Disponível na Internet: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12561-12562-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro de. **Política criminal contemporânea e a questão do direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris, Ed., 2010.

Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de curso**. Presidente Prudente: Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo, 2015.

Conheça os órgãos que formam o poder judiciário. **Site do Governo do Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/conheca-os-orgaos-que-formam-o-poder-judiciario>>. Acesso em 25 mai. 2018.

DAVICO, Luana Vaz. **Os princípios penais constitucionais – análise descomplicada**. Jusbrasil. Disponível em <<https://luanadavico.jusbrasil.com.br/artigos/111822119/os-principios-penais-constitucionais-analise-descomplicada>>. 2013.

FONSECA, Diego Melo da. **Ativismo judicial e função jurisdicional no estado de direito democrático brasileiro**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 27 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55750>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

FREIRE, Chistiane Russomano. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso do RDD (regime disciplinar diferenciado)** / Chistiane Russomano Freire – São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias / IBCCRIM; 35)

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral, volume 1**. 19 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JESUS, Julio Cesar Moreira de Jesus; PINTO JUNIOR, Alceu de Oliveira. **Ativismo judicial e o direito penal do inimigo: o judiciário violador de garantias e direitos fundamentais**. Intertemas: Revista da Toledo, v. 20. Presidente Prudente, 2015. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>>. Acesso em 15 mai. 2018.

LEAL, João José. **Crimes hediondos**./ João José Leal./ 2 ed. Curitiba: Juruá, 2003. 320 p.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Antônia Katiúscia Nogueira Lima. **Tutela antecipada penal**. Jus. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/37811/tutela-antecipada-penal>> Acesso em 02 mai. 2018.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais**. 3 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Moro faz com o processo penal o que ele quer e o que agrada à população**. Revista Consultor Jurídico. 17 de março de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/romulo-moreira-sergio-moro-faz-processo-penal-ele>>. Acesso em 30 mai. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Princípio da intervenção mínima e contravenções penais**. Guilherme Nucci. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/principio-da-intervencao-minima-e-contravencoes-penais>>. Acesso em 01 fev. 2018.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil** [recurso eletrônico]: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária/Amandino Teixeira Nunes Junior. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016. – (Série temas de interesse do legislativo; n. 30)

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan, 2007.