



**ALANA COSTA SALES MOREIRA**

**ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL NAS DEFINIÇÕES DO  
REGIME PRISIONAL EM CRIMES HEDIONDOS**

**LAVRAS - MG  
2022**

**ALANA COSTA SALES MOREIRA**

**ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL NAS DEFINIÇÕES DO DO REGIME  
PRISIONAL EM CRIMES HEDIONDOS**

Artigo Científico apresentado à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Graduação em Direito, para obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Augusto de Araujo Teixeira

**LAVRAS - MG  
2022**

**ALANA COSTA SALES MOREIRA**

**ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL NAS DEFINIÇÕES DO DO REGIME  
PRISIONAL EM CRIMES HEDIONDOS**

**ANALYSIS OF JUDICIAL ACTIVISM IN THE DEFINITIONS OF THE PRISON  
REGIME IN HEINUS CRIMES**

Artigo Científico apresentado à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Graduação em Direito, para obtenção do título de Bacharel.

\_\_\_\_\_ em 17 de janeiro de 2023

Prof. Dr. Ricardo Augusto Araujo Teixeira

Ana Carolina Silva Severino

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Augusto de Araujo Teixeira

**LAVRAS - MG  
2022**

“É justo que muito custe o que muito vale”  
Santa Teresa de Jesus

## RESUMO

O presente trabalho pretende expor possíveis problemáticas advindas do ativismo judicial no que se refere à atuação do poder judiciário em face de leis preestabelecidas - atuação essa contrária à separação dos poderes. Para tanto, é realizada a definição do conceito de ativismo judicial, bem como explicita-se qual faceta será analisada no caso concreto - trata-se das interferências do poder judiciário no poder legislativo, alterando as redações que conferem regimes prisionais mais rigorosos para os apenados condenados por crimes considerados hediondos pela legislação brasileira. Ao se delinear o caso e as interferências na Lei, é possível vislumbrar e concluir a problemática frente à instituição de Políticas Criminais sólidas no Brasil, bem como questionar a declarada inconstitucionalidade das leis a partir da verificação de uma demasiada utilização de princípios.

**Palavras-Chave:** Ativismo Judicial, Crimes Hediondos, Regime Prisional, Política Criminal.

## ABSTRACT

The present work intends to expose possible problems arising from judicial activism regarding the performance of the judiciary in the face of pre-established laws - action that is contrary to the separation of powers. To this end, the definition of the concept of judicial activism is carried out, as well as the explicitness of which face will be analyzed in the concrete case - it is about the interference of the judiciary in the legislative power, changing the wording that confers more rigorous prison regimes for the convicts sentenced for crimes considered heinous by Brazilian law. By outlining the case and the interferences in the Law, it is possible to glimpse and conclude the problem facing the institution of solid Criminal Policies in Brazil, as well as to question the declared unconstitutionality of the laws from the verification of an excessive use of principles.

**Keywords:** Judicial Activism, Heinous Crimes, Prison Regime, Criminal Policy.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	8
<b>2. DO ATIVISMO JUDICIAL</b>	8
<b>3. A LEI DE CRIMES HEDIONDOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	10
3.1 O conceito e os objetivos da Lei de Crimes Hediondos	10
3.2 Regime prisional em crimes hediondos e o Supremo Tribunal Federal	12
3.2.1 Da vedação da progressão de regime em crimes hediondos	13
3.2.2 Do Regime Inicialmente Fechado	14
<b>4. QUESTÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL NO CASO EXPOSTO</b>	16
4.1 A individualização da pena e a demasiada invocação de princípios	16
4.3 Política Criminal e Ativismo Judicial	18
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	19
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	20

## **1. INTRODUÇÃO**

A Lei de Execuções Penais e o Código Penal são instrumentos normativos responsáveis por regularizar a execução da pena. No presente trabalho, tem-se como enfoque, a questão dos regimes prisionais - fechado, semiaberto e aberto, bem como a progressão de regime ante a satisfação de requisitos objetivos e subjetivos preestabelecidos, em casos específicos de crimes hediondos.

Nessa toada, verifica-se que as legislações que pretendiam proporcionar maior proteção aos bens jurídicos tutelados pelos crimes hediondos, foram alteradas e declaradas inconstitucionais pelo poder judiciário. Tal fato pode ser denominado como ativismo judicial: uma prática cada vez mais comum na realidade brasileira. Independentemente das críticas e do enaltecimento, é inegável que tal atuação possui consequências, que podem ser verificadas no caso em tela, sendo que interferem diretamente na política criminal do país.

Para verificação de tais consequências, serão analisados os objetivos e características da Lei de Crimes Hediondos, bem como o teor das decisões que declararam a inconstitucionalidade da instituição de um regime prisional diferenciado aos apenados condenados por crimes hediondos.

Destaca-se ainda enfoque à definição e objetivos da denominada Política Criminal, que visa combater - de uma forma ou outra, a criminalidade - combate esse pretendido pelo poder legislativo, ante a criação de leis mais rigorosas para crimes considerados hediondos no Brasil - e portanto, crimes mais graves que maculam bens jurídicos mais importantes, como por exemplo a vida e a dignidade sexual. Inclusive, o rigor em questão se trata das disposições acerca do regime prisional integralmente fechado e inicialmente fechado, legislações que foram alteradas pelo judiciário.

Por fim, com a exposição da Lei de Crimes Hediondos, do fenômeno do ativismo judicial verificado no caso concreto e das consequências em política criminal, busca-se questionar a real inconstitucionalidade da norma, ante as fundamentações pautadas em princípios constitucionais.

## **2. DO ATIVISMO JUDICIAL**

O ativismo judicial é um fenômeno que corresponde, em suma, à interferência do poder judiciário no poder legislativo, que pode ocasionar em usurpação à separação entre os poderes

- cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, conforme disposto em seus artigos 2º e 60 §4º, III.

A separação entre os poderes, quais sejam o executivo, legislativo e judiciário visa o estabelecimento de autonomia bem como a limitação entre a interferência desses. Nessa toada, Angela Cristina Pelicioli traz a função de cada poder de forma clara e sucinta:

A função legislativa traduzida pela forma como o Estado **cria e modifica o ordenamento jurídico**, mediante a edição de normas gerais, abstratas e inovadoras; a função jurisdicional se destina à conservação e à tutela do ordenamento jurídico proferindo decisões individuais e concretas, **dedutíveis das normas gerais**; e a função executiva concretiza-se quando o **Estado realiza os seus objetivos**, nos limites impostos pelas normas jurídicas (PIÇARRA, 1989, p. 248). Essa classificação baseia-se na condição de que o Estado e o Direito se identificam. (PELICIOLI, 2006)

Verifica-se, portanto, que, o judiciário profere decisões a partir da dedução de normas, enquanto o poder legislativo é responsável por criar as normas. Em que pese a definição sumária e objetiva ser o bastante para delinear o conceito, cumpre acrescentar que “o ativismo judicial não é o mero transbordamento da função que incumbe ao Poder Judiciário, mas uma atuação expansiva com o intuito de obter determinados resultados políticos (em sentido amplo) tidos como favoráveis” (SANTOS, 2018).

O autor Kmiec, elenca uma série de modalidades de ativismo judicial, conforme exposto por Anderson Vichinkeski Teixeira. Desta série, extrai-se o necessário para o presente estudo: o que se refere à atuação do poder judiciário na esfera que compete ao poder legislativo e define ativismo judicial como “julgamentos predeterminados a fins específicos, essa é a modalidade mais nociva de ativismo judicial: atender a um fim específico, mesmo que para tanto seja necessária uma decisão contra legem ou extra petita.” (TEIXEIRA, 2012)

Cumpre destacar que o ativismo judicial nem sempre é objeto de críticas - fato esse importante para sua conceituação. O autor Luís Henrique Barroso, define o fenômeno como:

“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: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) 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; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.” (BARROSO, 2012)

Desta feita, o ativismo judicial é um fenômeno que não possui em sua conceituação primária um adjetivo - qual seja de benéfico ou maléfico. Ficam as caracterizações a cargo da análise do caso e do interlocutor. O que não se pode negar, contudo, é que o ativismo judicial possui consequências e riscos - da mácula abstrata à separação dos poderes até à interferência concreta na sociedade como um todo, prejudicando objetivos de política criminal no combate a crimes hediondos, conforme será exposto.

Ademais, sabe-se que a interferência entre os poderes, em certos casos, é legalmente instituída - é o caso, por exemplo da competência do Supremo Tribunal de Justiça de guardião da constituição, por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, - nos termos do artigo 102 da Constituição Federal. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal possui, de fato, competência para julgar e pode determinar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Contudo, tal disposição, por vezes pode contar com limites demasiadamente subjetivos e tornar a intervenção questionável - é este o objeto do presente artigo.

Assim, o que de fato é uma questão para este presente estudo, não é a guarda da constituição como preceito constitucional, mas sim, os seus limites - o que ocorre na prática diante de um arcabouço de normas jurídicas aberta e cada vez mais orientadas por princípios? Para tanto, eis análise em um caso concreto relacionado ao regime prisional para condenados à crimes hediondos.

### **3. A LEI DE CRIMES HEDIONDOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

#### **3.1 O conceito e os objetivos da Lei de Crimes Hediondos**

A Lei 8.072 de 1990, popularmente conhecida como Lei de Crimes Hediondos, elenca crimes mais graves previstos no ordenamento penal jurídico brasileiro, sendo a realização de norma programática prevista no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, que disciplina que:

“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”

Verifica-se que a própria etimologia da palavra “hediondo” aponta para as características de tais crimes - a palavra é derivada do latim: “*fediente* ou *fediondo*”, que

significa “feder”, no sentido de apresentar mal cheiro, exalar odor fétido e causar repugnância. Dessa forma, pode-se inferir que os crimes hediondos apresentam maior reprovabilidade social, por serem demasiadamente repulsivos.

Por óbvio não se trata apenas do citado - a Lei não é uma mera resposta aos clamores sociais, mas uma forma de proteger de forma melhor bens jurídicos que são mais relevantes - cujos crimes relacionados a tais bens causam prejuízos nefastos à vítima, sua família e à sociedade como um todo.

Quanto aos citados bens jurídicos, cabe ressaltar que a base do direito penal é fundada na tutela do que é relevante - a vida, o patrimônio, a dignidade sexual, a administração pública, a saúde pública dentre outros bens elencados no Código Penal e na Legislação Extravagante. Sabe-se que, “sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceriam de sentido como tal ordem de direito” (LIBERATI, 2000, p. 158-159). Da mesma forma que não se pode punir sem a previsão legal de proteção de um bem jurídico, existem determinados bens jurídicos mais relevantes que carecem de atenção especial na proteção.

Pretende-se, portanto, esclarecer o objetivo da Lei de Crimes Hediondos: oferecer uma tutela especial àqueles crimes que protegem bens jurídicos mais relevantes. Com tal tutela especial, entende-se a existência de normas menos flexíveis - punidas com maior rigor - menos benesses em termos de execução penal e visam com isso, exatamente, diminuir a incidência dos crimes elencados como mais graves.

Ademais, a Lei de Crimes Hediondos elenca os crimes que são assim citados no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal, que disciplina que:

“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”

Cumprido destacar que, atualmente, os crimes considerados hediondos são taxativamente dispostos no artigo 1º da Lei 8072/90, quais sejam:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX);

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2o) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3o), quando praticadas contra autoridade

ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição;

II - roubo:

a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V);

b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B);

c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º);

III - extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º).

IX - furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A).

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados: I - o crime de genocídio, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956;

II - o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

III - o crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

IV - o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no art. 18 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

V - o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.

Assim, a Lei de Crimes Hediondos, além de cumprir “dever - ser” constitucional, elenca crimes mais graves, que, ocorridos, ferem bens jurídicos mais relevantes e por isso, devem ser punidos com maior rigor e com regras especiais relativas a determinadas benesses - como o livramento condicional, a progressão de pena, a fiança, dentre outros.

### **3.2 Regime prisional em crimes hediondos e o Supremo Tribunal Federal**

Atualmente, conforme o artigo 112 da Lei 7.210/84 - Lei de Execuções Penais, a pena será executada de forma progressiva, com a transferência do apenado a regimes menos rigorosos. Vejamos:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Em suma, o apenado que cumprir requisitos objetivos - relacionados ao percentual de pena cumpridos e requisitos subjetivos - relacionados à boa conduta carcerária, por exemplo, deverá progredir de regime, isto é, ir do regime fechado ao semiaberto e do semiaberto ao aberto, a depender do caso concreto.

No caso de crimes hediondos, a própria lei que versa sobre instituiu - ou ao menos tentou instituir, disposições mais rigorosas quanto à tal progressão.

### **3.2.1 Da vedação da progressão de regime em crimes hediondos**

Tal questão acerca da progressão fora trazida à baila para demonstrar as alterações ocorridas em decorrência do ativismo judicial. Isso pois, originalmente, a Lei de Crimes Hediondos previa a vedação da progressão de regime aos apenados condenados por crimes hediondos. Assim, o condenado por crime hediondo deveria cumprir sua pena integralmente em regime fechado. Contudo, tal disposição foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 82.959, em 23/02/2006. No caso em tela, importante inclusive delinear o crime ocorrido, a fim de que reste evidente o caráter hediondo a que este trabalho refere:

O paciente foi acusado de molestar 3 crianças de idades entre 6 e 8 anos. Apresentando-se como pastor da Igreja do Evangelho Quadrangular, granjeou a confiança dos pais dos menores, que lhe deram hospitalidade e lhe permitiram passear a sós com as crianças. Nessas ocasiões foram praticados os abusos. A sentença de primeiro grau e o acórdão do TJSP reconheceram a prática de atentado violento ao pudor com violência presumida e em caráter continuado. O juiz sentenciante calculou a pena-base em 9 anos de reclusão. Aplicadas as causas de aumento, a reprimenda acabou fixada em 18 anos de reclusão. Ao analisar a apelação, o TJSP reduziu a pena-base e a fixou em 6 anos e 6 meses. Em decorrência dessa redução e aplicada (1) a agravante prevista no artigo 61, II, f, do Código Penal, (2) aumentada a pena de metade em face da incidência do art. 9º da Lei nº 8.072/902 e (3) acrescida de 1/6 pela continuidade, **resultou numa pena de 12 anos e 3 meses de reclusão a ser cumprida em regime fechado.**

No referido Habeas Corpus, invocando os princípios constitucionais da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana, foi declarada inconstitucional a vedação da progressão de regime para condenados em crimes hediondos - isso é, a partir de então, a legislação não mais passou a definir o cumprimento integral da pena em regime fechado, mas tornou-se possível a progressão de regime. Segue a referida ementa:

PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL.  
 Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.  
 (HC 82959, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006)

A partir de então, os crimes considerados hediondos não mais foram punidos com pena a ser cumprida em regime integralmente fechado - passou-se a admitir a progressão de regime.

### 3.2.2 Do Regime Inicialmente Fechado

Após tal declaração de inconstitucionalidade, foi sancionada a Lei nº 11.464 de 2007, que dispôs de regras diferenciadas para a progressão de regime nos casos de cometimento de crimes hediondos, quais sejam:

§1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida **inicialmente em regime fechado.**

§2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Verifica-se que, apesar da suprimida a norma que previa o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, passou a ser devido, ao menos, o cumprimento inicial em regime fechado - isso é, um condenado por crime considerado hediondo não poderia iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto ou aberto.

Ocorre que, mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal declarou tal norma inconstitucional, no julgamento do Habeas Corpus 111.840/ES, sob pálio, novamente, do princípio da individualização da pena, conforme segue:

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.

(...)

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

(...)

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

Desta feita, nos casos de crimes hediondos, além da inconstitucionalidade do cumprimento integral da pena em regime fechado, o Judiciário também declarou inconstitucional o cumprimento inicial em regime fechado. Isso significa que, na prática, passou a ser possível que um condenado por crimes hediondos iniciasse o cumprimento de sua pena em regime semiaberto: trabalhando durante o dia e apenas pernoitando na unidade prisional.

#### 4. QUESTÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL NO CASO EXPOSTO

Atribuindo o conceito ao caso concreto, pode-se inferir que o caso se trata de ativismo judicial, isso pois, primeiramente, as decisões judiciais são contrárias ao disposto em lei no que se refere ao regime inicial no caso de crimes hediondos.

Ademais, não se pretende aqui debater tão somente acerca de ativismo judicial em um panorama geral, mas sobretudo, vislumbrar sua prejudicialidade quando o judiciário se dispõe a interferir em questões de Política Criminal. Isso pois tais temas não são especialidade de juízes e o combate à criminalidade pode restar prejudicada.

Assim sendo, além de insegurança jurídica, uma decisão erga omnes meramente baseada em um princípio aberto tem o condão de interferir em toda sociedade: in casu, prejudicar todo objetivo inicial já explicitado: combater crimes mais graves de forma mais rigorosa.

##### 4.1 A individualização da pena e a demasiada invocação de princípios

In casu, sustenta-se que o fato da legislação instituir um regime inicial para crimes mais graves não fere a individualização da pena. Esse é um ponto nevrálgico para a questão, pois a argumentação acerca da inconstitucionalidade da norma gira em torno do princípio da individualização da pena. Se assim fosse, diversos outros institutos seriam responsáveis por ferir tal princípio. Tal questão é defendida pelo voto da Ministra Ellen Gracie, no habeas corpus 82.959-7/SP que sustenta:

O instituto da individualização da pena não fica comprometido apenas porque o legislador não permitiu ao juiz uma dada opção. A escolha do juiz em matéria de pena está submetida ao princípio da legalidade. Há crimes punidos apenas com privação de liberdade. **Não pode o juiz substituir essa pena de privação de liberdade por restritiva de direitos ou prestação pecuniária. Essa limitação, no entanto, não compromete a individualização da pena.** Bem a propósito, diz o tópico da ementa do HC 69.603, lavrada pelo Ministro Paulo Brossard: À lei ordinária, disse Sua Excelência, "compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena."

Inclusive, a própria Constituição Federal dispõe "a lei regulará a individualização da pena" (art. 5º XLVI). Dessa forma, a legislação possui o condão de determinar a individualização da pena - e dessa forma o faz, instituindo penas, sejam elas privativas de

liberdade ou restritivas de direito, determinando critérios para progressão ou regressão de regime, remição, saída temporária e até mesmo o limite da pena para cumprimento em regime aberto, semiaberto ou fechado.

Isto posto, questiona-se, se a lei regulará a individualização da pena e os regimes são, a partir do Código Penal, regulados a depender da gravidade do delito - logo, necessidade de reclusão do indivíduo da sociedade, por qual razão a Lei de Crimes Hediondos, ao instituir um regime mais gravoso àqueles que cometerem crimes mais graves, fere a individualização da pena?

A priori, denota-se que a instituição de um regime àqueles que cometem crimes hediondos também é parte da individualização da pena - individualização essa que não pode ignorar a periculosidade do agente ao cometer um crime considerado, conforme a própria definição deste trabalho - fétido.

O autor Fábio Galinda Silvestre sabiamente questiona tal inconstitucionalidade, dispondo que:

Por essa razão, se inconstitucional for o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, que estabelece regime integralmente fechado aos autores de crimes hediondos, necessariamente, também o será o art. 33, § 2º do Código Penal, pois ambos, de maneira idêntica, estabelecem genérica e abstratamente critérios para a definição do regime de cumprimento de pena. E se ambos forem inconstitucionais, estabeleceremos o caos social, pois é absolutamente impossível editar uma lei para cada condenado, sendo da gênese do estudo das leis as características supra referidas. (...)

Questionamo-nos sempre, porque então nunca se questionou a diferenciação no estabelecimento dos preceitos secundários dos tipos penais, ou seja, porque nunca se inquiriu de inconstitucional e desumano fixar pena mínima do furto simples em 01 ano e do homicídio qualificado em 12 anos? Conceder transações penais aos praticantes de delitos de menor potencial ofensivo e não aos demais? Conceder suspensão condicional da pena aos que cometem crime cuja pena mínima não seja superior à 01 ano e não à todos os delinqüentes? Substituir a pena de alguns e não de todos, nos termos do art. 44 do Código Penal? Fixar regime aberto para os condenados à pena igual ou inferior à 04 anos, e não à todos? (SILVESTRE, 2006)

Ademais, não se pretende aqui simplesmente questionar a decisão do Supremo Tribunal Federal, mas atribuir-lhe toda a problemática envolvida no caso: verifica-se que os dispositivos até aqui apresentados acerca da lei de crimes hediondos, pretendem conferir maior rigor à punição de crimes considerados mais graves. Trata-se de medida de política criminal, que fora declarada inconstitucional por desprezar a individualização da pena.

Contudo, conforme já exposto, o princípio da individualização da pena não tem o condão de desconsiderar normas. Portanto, se uma pena deve ser privativa de liberdade, ela não

pode ser fixada como restritiva de direitos. Da mesma forma, se tratando de pena de reclusão, o juiz não pode arbitrariamente determinar tão somente uma multa. Aliás, existem normas que instituem regimes, nos termos do artigo 33 do Código Penal, determinada pela *quantum* de pena fixado. Por qual razão a instituição de normas correlata a natureza e a hediondez do delito são inconstitucionais, se possibilitam uma análise da natureza do delito?

Nessa toada, percebe-se ainda no atual cenário das decisões judiciais, uma crescente utilização de fundamentações principiológicas - visto ainda seu caráter aberto e não taxativo, capaz de encaixar nos mais diversos casos. Sobre o fato, defende Álvaro Ricardo de Souza Cruz que:

“(...) eis que ninguém nega que o Direito como sub-sistema social reproduz valores todo o tempo. A questão é que sua forma de operar não pode se dar em torno do emprego de valores, sob pena de perdermos com isso qualquer possibilidade de legitimidade para o mesmo.”

Coadunando com o exposto, verifica-se que no caso em tela, o ativismo judicial fora operado a partir da invocação de uma série de princípios. Isto é, para contestar a lei que dispõe acerca do regime prisional em crimes hediondos, fora considerado o princípio da individualização da pena. Contudo, conforme já questionado, tal princípio poderia contestar qualquer norma que institui regras gerais para pena, dado seu caráter aberto.

Notadamente, constar a constitucionalidade de uma norma tão somente com fundamentos principiológicos conduz a uma nefasta insegurança jurídica. Como consequência disso, a tentativa de se instituir uma política criminal sólida no Brasil também é maculada - esta que inclusive já é instável por si só no próprio poder legislativo, passa receber influências vinculantes do poder judiciário.

#### **4.3 Política Criminal e Ativismo Judicial**

A Política Criminal é definida como “o programa do Estado para controlar a criminalidade, (...) identificar quais condutas merecem ser criminalizadas, bem como para determinar as estratégias de aplicação do poder punitivo (FERREIRA, 2017, p. 29). O autor Guilherme de Souza Nucci dispõe que:

A política criminal se dá tanto antes da criação da norma penal como por ocasião de sua aplicação. Eis o motivo pelo qual não se trata de uma matéria a ser estudada em sala de aula, pois o Poder Legislativo vale-se de política criminal para elaborar as leis penais, conforme a

diretriz observada pelo Poder Executivo, encarregado de administrar a segurança pública e os presídios. (NUCCI, 2022)

Sintetiza ainda como sendo ‘a postura do Estado no combate à criminalidade.’ Isto posto, é possível vislumbrar que política criminal objetiva, sobretudo, o combate à criminalidade, direcionado pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo para elaboração de normas.

A partir do momento em que o Judiciário interfere nas normas que visam o combate à criminalidade, o problema se escala de forma a interferir em toda sociedade. Assim, o que foi pensado outrora para ser executado de forma a punir o delito bem como preveni-los, se esvai sob égide de não macular o princípio da individualização da pena - mácula questionável conforme já aqui explicitado.

Aliás, a Política Criminal brasileira já é suficientemente questionada, haja vista a falta de posicionamento claros, estáveis e seguros - inclusive aquela perpetrada através do poder legislativo. Destaca-se, portanto, que a interferência do judiciário em questões de política criminal, torna a tentativa de delinear-lá no Brasil com precisão ainda mais falha.

E mais importe - a função de julgar e de definir leis criminais demandam habilidades diferentes. Por tal razão mister destacar que as competências do judiciário não envolvem o estudo acerca do combate à criminalidade - função essa exercida pela política criminal. Sob tal tema, concorda Barroso, juiz de direito, que assevera que:

“O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça . Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastrosas.” (BARROSO, 2012)

Isto posto, o ativismo judicial frente à questões de política criminal além de prejudicar a criação de uma política única e com isso, trazer instabilidades, é responsável por tomar decisões ineficazes e até mesmo prejudiciais para o combate à criminalidade.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Verifica-se, portanto, que o ativismo judicial operado no caso em análise, foi responsável por impedir a definição da instituição de regimes mais severos aos apenados

condenados por crimes hediondos. Desta feita, é possível que o início de um cumprimento de pena se dê em regime semiaberto e é certa a progressão preenchido os requisitos, ainda que no caso de crimes hediondos.

A consequência problemática desse fato, para além da mácula à separação entre os poderes, está na prejudicialidade à segurança pública e à instituição de uma política criminal sólida no Brasil, capaz de combater o exorbitante nível de incidência de indivíduos na criminalidade. Isso pois, já é complexo o bastante reprimir crimes e proteger bens jurídicos relevantes junto à um aparato rígido de normas - tal cenário sob a insegurança jurídica e a flexibilização destas normas por outro poder pode ser ainda mais nefasto.

Ademais, no caso exposto, é possível depreender que o ativismo judicial em tela carece de maiores fundamentos - ante ser notório que o princípio da individualização da pena, se abarcasse as questões dessa forma, impediria o legislativo de criar normas fechadas, inclusive quanto à própria definição do regime nos crimes comuns. Assim sendo, a interferência entre os poderes, ainda que legalmente instituída, como no caso da guarda da constituição, é um risco de propiciar um cenário de insegurança jurídica com inconstitucionalidades questionáveis.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016].

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. BRASIL.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n.º 82.959.. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n.º 111.840/ES.. Relator: Ministro Dias Toffoli..  
Data de Julgamento: 26/06/2012, Tribunal Pleno.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Jurisdição constitucional democrática. Belo Horizonte: Del Rey; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Bem jurídico-penal e constituição. In: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). Direito Penal e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: 18 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PELICIOLI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano, v. 43, 2006.

RIOS, Gabriel Santos. DOIS CONCEITOS DE ATIVISMO JUDICIAL E ANÁLISE DA ADI 4.277. Anais dos Seminários de Iniciação Científica, n. 22, 2018.

SILVESTRE, Fábio Galindo. Comentários à decisão do STF no HC 82.959-7.: Inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 975, 3 mar. 2006.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista direito GV, v. 8, p. 037-057, 2012.