

**Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90  
reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (HC 82.959/SP):  
um debate sobre os efeitos da declaração incidental**

*José Arthur Di Spirito Kalil*

**Como citar este artigo:** KALIL, José Arthur Di Spirito. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (HC 82.959/SP): um debate sobre os efeitos da declaração incidental. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 2, p. 91-114, 2007.



# INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90 RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 82.959/SP): UM DEBATE SOBRE OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL

José Arthur Di Spirito Kalil

Mestre e Doutorando em Ciências Penais pela UFMG.  
Professor Universitário de Direito Penal.  
Advogado em Belo Horizonte.

## SUMÁRIO

I. Introdução.....	.....
II. Controle de Constitucionalidade Concentrado.....	.....
III. Controle de Constitucionalidade Difuso.....	.....
III.1. A reserva de plenário perante os tribunais .....	.....
III.1.1. Desnecessidade .....	.....
III.2. A suspensão de eficácia por parte do Senado (art. 52, X, da CR).....	.....
III.2.1. Origem .....	.....
III.2.2. Obrigatoriedade ou faculdade? .....	.....
III.2.3. Problematização da omissão do Senado .....	.....
IV. A Decisão do STF no HC 82.959/SP.....	.....
IV.1. Circunstâncias do julgamento .....	.....
IV.2. A ementa do acórdão .....	.....
IV.3. Efeitos erga omnes com a dispensa da atuação do Senado (art. 52, X, da CR).....	.....
IV.4. A inovação: aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 no controle difuso .....	.....
IV.5. Interpretação conforme a Constituição, Princípio da Proporcionalidade e a adequação do julgamento .....	.....
V. Progressão de regime em crime hediondos: uma realidade legislativa.....	.....

VI. Efeitos retroativos da Lei 11.464/07? .....

VII- Considerações Conclusivas.....

**Palavras-Chave:** controle de constitucionalidade, inconstitucionalidade, efeitos, suspensão de excoutoriedade, Supremo Tribunal Federal, Princípio da Proporcionalidade, Princípio da Individualização da Pena, Interpretação, Estado Democrático de Direito, reserva de plenário.

## I. Introdução

Mesmo após a promulgação da Lei 11.464, de 28/03/07, que, dentre outras disposições, veio alterar a Lei 8.072/90 para permitir, expressamente, a progressão de regime em crime hediondo, o debate acerca dos efeitos da famosa decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 82.959/SP não se esmaeceu.

A polêmica ainda permanece: efeitos *erga omnes* ou apenas inter-partes no julgamento histórico do STF? Veja-se: considerando-se o efeito apenas para as partes, então a novel Lei 11.464/07 inovou em benefício do réu e, por isso, deve ser aplicada retroativamente, na forma do art. 2º do CP. De outro lado, a considerar-se que o efeito do julgamento do mencionado *writ* estendeu-se a todo condenado por crime hediondo que ainda não havia atingido o requisito temporal necessário ao benefício em foco, então a legislação recente não representou inovação no mundo jurídico. Conforme este segundo entendimento, a possibilidade de progredir de regime já estava prevista pelo Código Penal, e não foi afetada pela Lei dos Crimes Hediondos nessa parte, considerada inconstitucional. Sob a ótica dessa última orientação, a Lei 11.464/07 constitui-se inovação que agrava o tratamento dispensado ao condenado por crime hediondo, pois eleva para 2/5 (condenado primário) e 3/5 (condenado reincidente) o período de mínimo de cumprimento da pena para o fim de se pleitear a progressão.

Faz-se necessário, pois, compreender os mecanismos do controle de constitucionalidade difuso, na tentativa de oferecer adequado tratamento a essa situação de insegurança jurídica, que promete perdurar.

## II. Controle de Constitucionalidade Concentrado

O controle de constitucionalidade concentrado é feito pelo Supremo Tribunal Federal quando julga ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs), ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) e arguições de descumprimento de preceitos fundamentais. Para as primeiras e para as últimas<sup>1</sup>, são legitimados a intentá-las as pessoas mencionadas no art. 103 da Constituição da República; para as ações declaratórias de constitucionalidade, as referidas no §4º do mesmo dispositivo constitucional.

Não se alega a inconstitucionalidade como incidente de um caso concreto, mas a argüição é objeto de ação própria, na qual se aprecia a inconstitucionalidade em tese da lei ou do ato do poder público supostamente inquinados de vício.

Os efeitos obtidos com a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade são válidos para todos (*erga omnes*)<sup>2</sup>, retroativos (*ex tunc*) e vinculantes.

Anote-se que devem ser retroativos os efeitos porque o ato do poder público ou a lei inconstitucional, viciados em sua origem, são destituídos de eficácia jurídica, sendo considerados nulos<sup>3</sup>.

Com a Emenda Constitucional 03/93, a ação declaratória de constitucionalidade passou a ter efeitos vinculantes, na forma do §2º do art. 102 da Constituição da República. A Lei 9.868/99, nesse mesmo sentido,

---

1 Confira o art. 2º, I, da Lei 9.882/99, que trata do processo e do julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

2 Como dispõe o §Único da art. 27 da Lei 9.868/99, “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos Órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”. Como reza o §3º do art. 10 da Lei 9.882/99: “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

3 MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2.000, p. 270.

previu que o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade teria tal efeito. Outrossim, a Lei 9.882/99, que trata da argüição de descumprimento de preceito fundamental, outra coisa não fez<sup>4</sup>.

Explica-se que a vinculação ao decisório do Supremo Tribunal Federal é necessária para que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário não renovem atos ou leis já considerados inconstitucionais pela Corte Suprema, acarretando imensos transtornos ao último, que ficará instado a apreciar atos ou leis já considerados violadores da Constituição<sup>5</sup>.

### III. Controle de Constitucionalidade Difuso

O controle de constitucionalidade judicial difuso é o meio pelo qual o Judiciário aprecia a conformação de um ato do Poder Público ou de uma lei à Constituição da República. Pode ser feito por juiz singular ou por órgão colegiado. A alegação de inconstitucionalidade é apreciada no caso concreto como incidente processual.

O efeito do reconhecimento da inconstitucionalidade reserva-se às partes; como a aplicação de preceito apontado como inconstitucional já ocorreu, alcança-se efeitos retroativos com o acolhimento da impugnação. Contudo, pode-se obter efeitos para todos com a manifestação do Senado (art. 52, X, CR), cuja apreciação será feita adiante. Mas, explica José Afonso da Silva que a lei declarada inconstitucional *incidenter tantum*

“continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua exetutoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos”<sup>6</sup>.

4 Confira nota nº 2.

5 MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2.000, p. 272.

6 *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 57.

No controle de constitucionalidade concentrado não se faz necessária a providência a que se refere o art. 52, X, da Constituição da República – expedição de resolução por parte do Senado para suspender a excoutoriedade de ato ou de lei julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Tal formalidade é exclusiva do controle difuso<sup>7</sup>.

### III.1. A reserva de plenário perante os tribunais

Quando a apreciação da inconstitucionalidade couber a órgão colegiado, é preciso observar a reserva de plenário prevista no art. 97 da Carta Maior, segundo o qual:

“Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Na esteira do art. 97 da CR, o art. 481 do CPC prevê incidente processual para a análise da questão. Se o órgão colegiado, por câmara ou grupo de câmaras, rejeita a argüição de inconstitucionalidade, não se determina a remessa da questão ao órgão superior do tribunal. Mas, se o órgão fracionário entender que existe a inconstitucionalidade, então suspende o julgamento e provoca a manifestação do órgão superior. Veja-se:

“Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno”.

#### III.1.1. Desnecessidade

Como se sabe, a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 foi reconhecida pelo Plenário do STF. Sendo assim, deixa de existir a formalidade do art. 97 da CR – a reserva de plenário. É o que prevê o §Único do art. 481 do CPC, aplicável ao processo penal analogicamente (art. 3º, Código de Processo Penal):

<sup>7</sup> MORAES, *Op. Cit.*, p. 271. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 56; VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 54-55.

“Art. 481. §Único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Diante da disposição legal acima, fica claro que os órgãos fracionários dos tribunais estaduais, câmaras ou grupos de câmaras, podem, via controle de constitucionalidade difuso, apreciar livremente o ato do poder público ou a lei supostamente afrontosos à Constituição.

### III.2. A suspensão de eficácia por parte do Senado (art. 52, X, CR)

Na forma do que dispõe o art. 52, X, da CR, compete ao Senado suspender, no todo ou em parte, a execução de lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Como já se apontou, tal medida é necessária apenas no controle difuso.

#### III.2.1. Origem

O referido ato do Senado foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1934<sup>8</sup>, que conferiu roupagem política ao controle judicial de constitucionalidade, criando sistema misto; a providência em tela permaneceu nas constituições posteriores<sup>9</sup>.

Interessante notar que, à época, não se tinha uma Corte Constitucional; o controle de constitucionalidade era apenas difuso. A atuação do Senado, conforme previa o então art. 91, IV, da Constituição vigente, dava-se após a declaração de inconstitucionalidade feita pelo *Judiciário*<sup>10</sup>.

8 BARROS, Sérgio Resende de. “Simplificação do Controle de Constitucionalidade”, in *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*, Coord. Ives Gandra da Silva Martins, ed. América Jurídica: Rio de Janeiro, 2002, p. 603. Nesse sentido: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de Inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 94. Também: PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais: SP, 2001, p. 124.

9 SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 108.

10 Na forma do art. 91, IV, competia ao Senado, “suspender a execução, no todo ou em

Explica a doutrina que o Senado tinha, naquele tempo, função *moderadora* e buscava equilibrar a clássica tripartição dos poderes. Anota Oswaldo Luiz Palu<sup>11</sup> que o Senado, na Constituição de 1934, não se inseria no capítulo destinado ao Poder Legislativo, mas no denominado “Da Coordenação dos Poderes”, Capítulo V. Assim, veja-se algumas de suas atribuições, no cumprimento de tal função, na forma do que dispunha o art. 88: “...promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura das leis e praticar os demais atos de sua competência”.

Na Constituição de 1946, o Senado foi reintroduzido no Poder Legislativo. Mesmo tendo o Senado perdido a função coordenadora dos três poderes, permaneceu a sua competência para suspender as leis declaradas inconstitucionais pelo Judiciário. Tem entendido a doutrina que a modificação no papel atribuído ao Senado não parece adequada à manutenção de sua competência para suspender a execução de leis julgadas inconstitucionais<sup>12</sup>.

### III.2.2. Obrigatoriedade ou Faculdade?

Verifica-se, na atualidade, que a doutrina diverge sobre a manifestação do Senado ser obrigatória ou facultativa após a declaração da inconstitucionalidade.

Para C. A. Lúcio Bitencourt<sup>13</sup>, o Senado não deve fazer qualquer apreciação a respeito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, restando-lhe apenas a tarefa de dar publicidade à decisão. Conforme Celso Ribeiro Bastos<sup>14</sup>, cumpre ao Senado verificar a presença de requisitos

---

parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

11 PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos*. 2ªed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p. 125.

12 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 12ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 339.

13 *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2ªed. Forense: Rio de Janeiro, 1968, p. 145.

14 “Perfil constitucional da ação direta de inconstitucionalidade”, in *Revista de Direito Público*, nº 22, out./dez., 1972, p. 108/106, São Paulo, Revista dos Tribunais. Conforme

formais para a declaração da inconstitucionalidade. Numa terceira orientação, Sérgio Resende de Barros<sup>15</sup> considera que o Senado poderia analisar o mérito da decisão, analisando a conveniência e a oportunidade na extensão dos efeitos a todos; neste caso, teria caráter discricionário o ato de expedir ou não a resolução que suspenderia a eficácia do dispositivo ou do ato considerado inconstitucional.

Há registro no colegiado legislativo federal de que a terceira orientação já foi acolhida por motivos de oportunidade e conveniência; nesse sentido, colhe-se da doutrina um verdadeiro *case* no qual o Senado negou-se a conferir eficácia *erga omnes* à inconstitucionalidade reconhecida pelo STF no julgamento do RE 150.764-PE<sup>16</sup>. O Professor Clèmerson Merlin Clève, da Universidade do Paraná, em estudo sobre a ação direta de constitucionalidade, colacionou a justificativa apresentada pelo Senador Amir Lando para deixar de proceder à suspensão de eficácia de determinado dispositivo considerado inconstitucional:

“É incontestável, pois, que a suspensão da eficácia desses artigos de leis pelo Senado Federal, operando *erga omnes*, trará profunda repercussão na vida econômica do país, notadamente em momento de acentuada crise do Tesouro Nacional e de conjugação de esforços no sentido de recuperação da economia nacional. Ademais, a decisão declaratória de inconstitucionalidade do STF, no presente caso, embora configurada em maioria absoluta nos precisos termos do art. 97 da Lei Maior, ocorreu pelo voto de 6 de seus membros contra 5, demonstrado, com isso, que o entendimento sobre a questão não é pacífico”<sup>17</sup>.

---

a manifestação do citado autor: “Ao Senado incumbe justamente a indagar do respeito a todos os requisitos constitucionais. Trata-se, pois, de atividade vinculada de exame dos requisitos formais para a suspensão da lei ou do ato” (p. 106).

15 “Simplificação do Controle de Constitucionalidade”, in *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*, Coord. Ives Gandra da Silva Martins, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, p. 604.

16 CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Sobre a ação direta de inconstitucionalidade”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 2, nº 8, p. 28-47, jul./set., 1994, p. 31. O precedente legislativo também foi apontado por: VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 57.

17 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. Cit.*, p. 31, nota nº 15.

### III.2.3. Problematização da Omissão do Senado

Percebe-se que posições várias disputam acolhimento quanto à providência do art. 52, X, da CR ser obrigatória ou facultativa. E a dissidência doutrinária a respeito, bem como a demonstração num caso concreto da adoção do caráter discricionário da manifestação do Senado, são fortes indicadores de que a questão é problemática.

Alie-se, ainda, as dificuldades de ordem prática e política que defluem de uma atuação como essa do Senado. Os obstáculos políticos tornam-se maiores em anos eleitorais. É de se pensar o quão delicada afigura-se a manifestação do Senado, levando-se em conta a matéria em análise no presente estudo: progressão de regime em crime hediondo. Atente-se, a esse respeito, às intensas e sucessivas rebeliões em presídios e ataques de organizações criminosas verificados neste ano de 2006, organizações essas que estenderam seus tentáculos para bem perto do Congresso Nacional.

Enquanto isso, os jurisdicionados (os condenados, especialmente) anseiam por justiça; querem ver o restante do Judiciário ratificando a posição do Supremo Tribunal Federal que entendeu como inconstitucional a vedação à progressão de regimes da Lei 8.072/90.

Ainda que haja solicitação por parte do Excelso Pretório<sup>18</sup>, provocando a manifestação do Senado, acredita-se que os obstáculos aduzidos acima inviabilizam a suspensão da eficácia do dispositivo considerado inconstitucional. Dessarte, o mais provável é que o Senado silencie a respeito, sobretudo em se considerando facultativa a sua manifestação.

Com a omissão do Senado, haverá insegurança jurídica. Os tribunais podem dar interpretação diversa ao §1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, entendendo-a constitucional nessa parte, ao argumento de que a decisão do Supremo não teria efeitos para todos. E assim sucessivamente até que o Supremo fosse instado a decidir a mesma questão em outros casos.

<sup>18</sup> Registra o Prof. Kildare Gonçalves Carvalho que, regra geral, o Presidente do STF não encaminha uma decisão para o Senado, a não ser que seja pacífica em relação à inconstitucionalidade da lei (*Op. Cit.*, p. 337).

#### IV. A Decisão do STF no HC 82.959/SP

##### IV.1. As circunstâncias do julgamento

Em reiteradas oportunidades, incontáveis, desde que se começou a sentir os efeitos da vedação à progressão de regime, em sede de execução da pena, o Supremo era provocado a apreciar a constitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Havia séria controvérsia sobre a matéria, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, como é notório, especialmente após a publicação da Lei 9.455/97, que não vedou a progressão aos condenados por crimes de tortura. A progressão de regime em crime hediondo sempre foi pleito comum de milhares de condenados, obrigando o Judiciário, em todos os Estados, a decidir a questão. Reiteradamente, os tribunais estaduais argumentavam que a questão pendia de definitiva postura por parte do STF, que poderia se concretizar no julgamento do famigerado *Habeas Corpus* 82.959/SP<sup>19</sup>. Mas até aí, via de regra, tentava-se fundamentar a constitucionalidade do referido dispositivo legal.

Em poucos casos de controle difuso notou-se tanto interesse público no deslinde da questão, como no precedente em análise.

Importante notar que o STF, diante da pendência do julgamento do mencionado *Writ*, quando arrostava arguições idênticas à que seria decidida pelo Pleno, em algumas oportunidades, sobrestava-as até o deslinde final da questão:

“Lei dos crimes hediondos. Regime de cumprimento. Pendência da matéria no Pleno. Sobrestamento. Liminar. Apendência da matéria no Pleno respalda o sobrestamento do processo que a verse, concedendo-se medida acauteladora. (Medida Cautelar em Recurso Ordinário em HC nº 84.036-1/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/04/04, v.u., DJU de 25/07/04, p. 30, nº 321)”<sup>20</sup>.

19 Confira alguns julgados do TJMG, 1ª Câmara Criminal, vinculando a sua posição sobre a matéria à até então manifestada pelo STF, que era ainda de considerar como constitucional a vedação à progressão: Ap. 1.0040.04.026242-6/001, Comarca de Araxá, Rel. Des. Gudesteu Biber, j. 29/11/05; Ap. 1.0024.05.662319-2/001, Rel. Des. Armando Freire, j. 29/11/05; Revisão Criminal 1.0000.04.411113-6/000, Comarca de Ipatinga, Rel. Des. Sérgio Braga, j. 14/03/05.

20 Confira também: HC 84.401/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 18/10/05. Este julgamento, como se pode notar, foi concluído antes do proferido no HC 82.959-7/SP, mas, inicialmente, a turma julgadora sobrestava o seu julgamento até a decisão final do Plenário.

## IV.2. A ementa do acórdão

Conforme publicação datada de 1º/09/06, do *Diário do Judiciário*, a ementa do acórdão proferido no *Habeas Corpus* 82.959/SP, é a seguinte:

“PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, §1º, DA LEI 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.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em deferir o pedido de *habeas corpus* e declarar, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, Presidente. O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental da inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da

possibilidade de progressão (DESTACOU-SE).

Brasília, 23 de fevereiro de 2006.

MARCO AURÉLIO – RELATOR”

#### IV.3. Efeitos *erga omnes* com a dispensa da atuação do Senado (art. 52, X, da CR)

Como se pode verificar da ementa acima transcrita, o STF conferiu efeitos *erga omnes* em caso de controle difuso de constitucionalidade. Chega-se a tal conclusão a partir da leitura de trecho da ementa do acórdão - que consta também da decisão colegiada - ressaltando que, apesar da declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o juiz competente analisará os demais requisitos da progressão, “caso a caso”<sup>21</sup>.

Ora, se estava em análise um único caso, obviamente, a expressão “caso a caso” é ampla o suficiente a indicar que outros casos também sejam regidos pelo novo entendimento.

A postura do Supremo assim manifestada indica que compartilhou da crítica que a doutrina constitucionalista faz em relação à permanência na Constituição da atuação do Senado em sede de controle de constitucionalidade difuso (art. 52, X).

De acordo com Oswaldo Luiz Palu:

“Atualmente, especialmente após a Constituição de 1988, a exaltar o modo abstrato de controle de constitucionalidade (do qual não participa o Senado Federal), tornando o modo difuso, clássico, apenas auxiliar, bem assim, especialmente, após a edição da Lei 9.868/99, que permite ao STF uma enorme gama de variações sobre a eficácia da decisão de inconstitucionalidade, há que se indagar, com mais veemência ainda, até quando essa anômala função, que mal se insere nas hipóteses de retroatividade ou irretroatividade da decisão judicial, bem assim com a coisa julgada, perdurará no nosso ordenamento constitucional” (*Controle*

21 Nesse sentido: Fernanda Teixeira Zanoide de MORAES, “O STF foi além da progressão do regime prisional”, in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, abr./2006, nº 161, ano 13, p.2-3.

Conforme lição já colacionada<sup>22</sup> de Luís Roberto Barroso:

“a verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção”.

(BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 92 – GRIFOU-SE).

Como se vê, emprestando efeitos *erga omnes* à sua decisão proferida no controle de constitucionalidade difuso (apreciação dos demais requisitos da progressão, “*caso a caso*”), o STF dispensou a atuação do Senado, interpretando a Constituição com sabedoria. Afastou, pois, os entraves do art. 52, X; foi real guardião de nossa Carta, preservando a sua unidade.

O Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, no julgamento da Revisão Criminal nº 1.0000.05.428271-0/000, expôs em voto vencido o seu parecer sobre a questão, entendendo também que o STF conferiu efeitos *erga omnes* à decisão e dispensou a medida do art. 52, X, da CR:

“A apreciação pelo plenário do STF da inconstitucionalidade contida no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 não poderá ficar submetida à discricionária atuação do Senado no sentido de emitir a resolução contendo a determinação de suspensão da lei inconstitucional. Constitui entrave inócuo ao controle de constitucionalidade realizado pelo STF pela via difusa. Aguardar a participação senatorial por meio da edição de uma resolução, que é discricionária como reconhece o próprio STF, é descaracterizar o próprio reconhecimento da inconstitucionalidade posto que a lei, já tida como

<sup>22</sup> A estudiosa advogada Fernanda Teixeira Zanoide de Moraes colacionou tal lição em seu trabalho referido na nota anterior.

desconforme pela maioria absoluta do Plenário do STF, continuaria sendo aplicada. Retirar o efeito erga omnes da decisão plenária pelo fato de não ter sido a questão suscitada por meio de ação direta de inconstitucionalidade é uma solução que contraria o princípio de primazia dos direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito, considerando que este foi o alvo da inconstitucionalidade declarada. Obrigar-se-ia, então, que um dos legitimados do art. 103 da Constituição propusesse uma ADIN que, ao final, com o mesmo quorum, declararia a inconstitucionalidade daquele dispositivo”

(Rel. William Silvestrini, Comarca de Belo Horizonte, 2º Grupo de Câmaras Criminais do TJMG, j. 09/05/2006, publicado o acórdão no DJMG em 11/08/2006 – GRIFOU-SE).

Anote-se que a dispensa da providência do Senado no controle de constitucionalidade difuso (art. 52, X, da CR) é medida que se põe de acordo com os ideários do Estado Democrático de Direito, que confere inegável primazia à proteção das garantias fundamentais.

#### **IV.4. A inovação: aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 no controle difuso**

A decisão do Supremo inovou com a aplicação de uma das disposições da Lei 9.868/99, art. 27, que regula o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, no controle difuso. De acordo com referido dispositivo legal:

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Não há dúvida, na histórica decisão, o STF restringiu os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ao negar-lhe efeitos retroativos,

impedindo que pessoas que já cumpriram penas em regime integralmente fechado pudessem acionar o Estado, na busca de indenização.

Veja-se, a propósito, a orientação de Fernanda Teixeira Zanoide de Moraes:

“Em primeiro, flexibilizou-se a regra dos efeitos *ex tunc* em controle difuso, utilizando-se em analogia o dispositivo do art. 27, criado para o controle abstrato, da Lei nº 9.868/99. Esse dispositivo permite ao Pleno, por maioria de dois terços de seus membros, ‘tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado’.

Esse entendimento se extrai do conteúdo do voto do ministro Gilmar Mendes, que prevendo a avalanche de ações extrapenais, caso os efeitos da decisão de inconstitucionalidade fossem dados *ex tunc*, ponderou que ‘reiteradamente, o tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil processual e penal, reconheço, que, ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*.

(...) Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão”

(“O STF foi além da progressão do regime prisional”, in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, abr./2006, nº 161, ano 13, p.2).

Ainda observou a articulista acima mencionada que a Excelsa Corte fixou um

“‘outro momento’ a partir do qual a segurança jurídica e o interesse social estariam protegidos. Consta do teor da ementa: ‘o tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em

questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão”

(*Op. Cit.*, p.2-3).

Por fim, pondere-se ainda que, uma vez aplicada regra específica do controle de constitucionalidade concentrado (art. 27, *caput*, da Lei 9.868/99), é de se sustentar que o Pretório Excelso também teve em mente o disposto no § Único desse mesmo dispositivo legal<sup>23</sup>, que confere efeito vinculante ao julgado em relação aos Órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública como um todo.

#### **IV.5. Interpretação conforme a Constituição, Princípio da Proporcionalidade e a adequação do julgamento**

A opção pela não-aplicação da regra do art. 52, X, da CR, e, em contrapartida, a adoção da regra do art. 27 da Lei 9.868/99 é fruto de necessária hermenêutica constitucional, com o objetivo de viabilizar direitos do condenado.

Sobre interpretação na Constituição, colhe-se da obra do Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho:

“Na interpretação constitucional, convém ser examinado o conteúdo teleológico da Constituição, como instrumento de governo, de restrição de poderes e amparo da liberdade individual”

<sup>23</sup> Art. 27, §Único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos Órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

## A lição de Adriano Sant'Anna Pedra alia Estado Democrático de Direito e interpretação da Constituição:

“Um Estado democrático legitima-se a partir da maneira pela qual ele trata as pessoas que vivem em seu território. Não se pode mais tolerar a contradição cada vez maior entre o sistema normatizado e a realidade social. É necessário investir cada vez mais na obtenção de uma cidadania procedimentalmente ativa, em que o cidadão tenha facilitado o seu acesso aos meios jurídicos de concretização-interpretação da Constituição”

(*A Constituição Viva. Poder Constituinte permanente e Cláusulas Pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 327).

Pondere-se que a exigência da manifestação do Senado como condição para os efeitos *erga omnes* é fruto de apego ao formalismo inútil e que não promove efetivação dos direitos do condenado. A prevalecer tal exigência, o princípio da individualização das penas, apesar de preservado no histórico julgamento do *HC 82.959/SP*, se veria agora tão vulnerado quanto nos tempos em que se entendia constitucional o §1º do art. 2º da Lei 8.072/90.

Para a preservação do princípio da individualização da pena, garantindo efeitos *erga omnes* ao julgado em foco, sem a manifestação senatorial, é preciso que se analise a questão à luz do princípio da proporcionalidade, subprincípio do Estado Democrático de Direito<sup>24</sup>, caracterizado do seguinte modo:

“O princípio da proporcionalidade é o princípio dos princípios, já que somente através dele os outros encontram a sua condição de aplicabilidade e eficácia. O princípio da proporcionalidade é aquele que constitui a unidade e a coerência da Constituição mediante a exigência de ponderação axiológica em cada caso concreto”.

24 Glauco Barreira Magalhães Filho. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 231.

De um lado, a defesa ao princípio da individualização da pena, consagrando-se a progressão de regime prisional; de outro, a dispensa da exigência de o Senado se manifestar para suspender a exequutoriedade de lei ou de ato considerado ilegal pelo STF. Induvidosamente, o fiel da balança faz prevalecer os direitos do condenado, *in casu*.

O desrespeito ao princípio da individualização das penas, inserido na CR como direito fundamental (art. 5º, XLVI), não deve ser tolerado. Ao contrário, a dispensa da providência do art. 52, X, da CR, pode sê-lo. Já se observou que esta medida remonta a contexto histórico-político bem diverso do que se nos apresenta hoje. Observe-se que a manifestação em apreço é dispensável quando se trata de controle de constitucionalidade concentrado; daí por que não deve ser considerada intransponível.

As circunstâncias do julgamento do HC 82.959/SP instaram os Senhores Ministros que dele participaram a conceder foros de controle concentrado de constitucionalidade à argüição incidental. Em poucos casos de controle difuso se notou tanto interesse público no deslinde da questão.

Pondere-se que a manifestação do Senado é regra obsoleta e uma interpretação progressiva<sup>25</sup> recomenda também a sua dispensa.

## V. Progressão de regime: uma realidade legislativa

A decisão do Supremo Tribunal Federal em análise refletiu sobre o poder legislativo.

A Lei 11.343/06, publicada no *DOU* em 24/08/06 (institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não

25 Mirabete, explicando a interpretação progressiva da lei penal, sustenta que se deve ter em mente as "novas concepções ditadas pelas transformações sociais, científicas, jurídicas ou morais" (*Manual de Direito Penal*, V. I, 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 52)

autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes), prescreve em seu art. 44 que os delitos de tráfico de drogas e suas figuras assemelhadas (art. 33, *caput*, e seu §1º e arts. 34 a 37 da novel legislação) são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia, liberdade provisória, ficando vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Veja-se:

“Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico”.

Note-se que nada se diz quanto à progressão, ficando tal benefício implicitamente permitido. Fosse a intenção de o legislador vedá-lo, assim o faria de modo expresse, como fez quanto aos demais benefícios mencionados.

Obviamente, houve revogação do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 referentemente aos crimes de tráfico de entorpecentes, que são assemelhados a hediondos, na forma do art. 2º, *caput*, do referido diploma legal. A Lei 11.343/06, por versar exclusivamente sobre a prevenção e combate aos delitos envolvendo drogas, é mais específica do que a Lei dos Crimes Hediondos, devendo prevalecer sobre esta em homenagem ao princípio da especialidade.

Ainda que dúvida houvesse quanto à mencionada revogação, a novel Lei nº 11.464/07 deixa clara a possibilidade de o condenado por crime hediondo progredir no regime prisional. Assim, o §2º do art. 2º da Lei 8.072/90, com a nova redação que lhe foi dada, prevê o prazo de 2/5 (dois quintos) para a progressão, se o sentenciado for primário, e 3/5 (três quintos), para o apenado reincidente.

Como se vê, houve nova valoração jurídica acerca da progressão de regime e, inegavelmente, as novas disposições legais a respeito encontram-

se em harmonia com a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal. Novos rumos para a progressão.

## VI. Efeitos retroativos da Lei 11.464/07?

Para aqueles que restringem o efeito da decisão do Supremo no HC 82.959/SP apenas às partes, a Lei 11.464/07 representa novidade quanto à permissão da progressão. Disso sucede que, a teor do art. 2º do Código Penal, o mencionado diploma legal deve ser aplicado retroativamente.

Contudo, em face dos efeitos *erga omnes* no multireferido writ, não se pode aplicar o *quantum* de 2/5 (dois quintos), ou o de 3/5 (três quintos), trazidos pela Lei 11.464/07, para a consecução da progressão. É que a mudança legislativa em foco, de acordo com tal posicionamento, veio a tornar mais rigorosa a obtenção do benefício, majorando o prazo anteriormente estabelecido pelo Código Penal em 1/6 (um sexto). Para nós, o caso é de irretroatividade da Lei 11.464/07, que é mais grave ao condenado<sup>26</sup>.

A resposta à questão colocada neste item é, pois, negativa.

Visando-se à segurança jurídica, tem-se proposto a edição de Súmula Vinculante (art. 103-A, CR) para o fim de se fazer valer a amplitude dos efeitos quanto ao julgamento do HC 82.959/SP (*erga omnes*) e, assim, definir a proibição da retroatividade da Lei 11.464/07, sugestão que se nos afigura simples e recomendável<sup>27</sup>, para o fim de se evitar futuras discussões sobre a matéria.

26 Nesse sentido, confira: MARCÃO, Flávio. “Lei 11.464, de 28 de março de 2007. Novas Regras para a Liberdade Provisória, regime de cumprimento de pena e progressão de regime em crimes hediondos e assemelhados”, in *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, maio/2007, ano VI, nº 80, p. 4-7; SILVA, Ivan Luís Marques da. “A Problemática criminal do julgamento da Reclamação 4.335 pelo Supremo Tribunal Federal”, in *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano XV, maio/2007, nº 174, p. 4-5.

27 Essa é a orientação de Ivan Luís Marques da SILVA, em seu trabalho “A Problemática criminal do julgamento da Reclamação 4.335 pelo Supremo Tribunal Federal”, in *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano XV, maio/2007, nº 174, p. 4-5. O estudioso em referência registra que a Defensoria Pública da União ajuizou Reclamação, perante o STF, em face de decisão proferida por Juiz de Direito da Comarca de Rio Branco, AC, a fim de adequá-la ao entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgamento do HC 82.959/SP.

## V. Considerações Conclusivas

Andou bem o Supremo Tribunal Federal ao conceder efeitos *erga omnes* à sua decisão no HC 82.959/SP. Cumpriu, pois, seu papel de guardião da Constituição da República. Ousou, inovou, dispensando formalidade inócua por parte do Senado (art. 52, X), que, como se sabe, possivelmente nem se verificaria, ainda que fosse instado a fazê-lo.

O julgamento do mencionado *writ* é histórico e foi inspirado nos ideários do Estado Democrática de Direito; optou-se pela efetividade das garantias e dos direitos do cidadão, neles incluindo o direito à individualização da pena, desprestigiando regra obsoleta que permanece ainda em nossa Carta (art. 52, X).

Em termos de controle de constitucionalidade, a aplicação analógica do art. 27 da Lei 9.868/99 no modo difuso, afastando efeitos retroativos no referido julgado, foi medida necessária e que visou à segurança jurídica. De outro lado, deu-se maior amplitude ao controle difuso, garantindo-se-lhe efeitos para todos, atendendo-se ao grande interesse público no deslinde da questão; atentou-se, pois, para o disposto no §Único do referido art. 27 (Lei 9.868/99). O controle difuso de constitucionalidade foi, assim, aperfeiçoado, suprimindo-se lacuna existente na falta de sua regulamentação<sup>28</sup>.

Não se pode aceitar conclusão em sentido contrário. Aqueles que sustentam que o efeito foi garantido apenas às partes contrariam os termos do julgado em foco, fecham os olhos para as inovações trazidas e, ainda, deixam de fazer interpretação do art. 52, X, da Constituição da República, conforme recomenda a forma de Estado que a própria Lei fundamental assegura.

Constitui verdadeiro contra-senso restringir os efeitos do acórdão às partes, dando azo ao art. 52, X, da CR, após o reconhecimento da inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Tal postura

<sup>28</sup> O controle concentrado de constitucionalidade, como se sabe, foi regulamentado por duas leis, a de nº 9.882/99 e a de nº 9.868/99, nas quais existe previsão de manipulação dos seus efeitos do julgado em nome do interesse público e da segurança jurídica, bem como dos seus efeitos vinculantes.

equivale à de *Procusto*, impiedoso personagem da mitologia grega que media as pessoas pelo tamanho de seu leito; as que não tinham a extensão de sua cama eram esticadas até a atingirem, e aquelas que passavam da medida tinham os pés decepados até se conformarem ao tamanho desejado pelo mito.

Anteriormente ao julgamento do *HC 82.959/SP*, os adeptos de *Procusto* sustentavam que o STF considerava constitucional a vedação à progressão de regime, justificando a aplicação do §1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos (com a originária redação). Posteriormente, depois que se reconheceu a inconstitucionalidade, os sequazes do mito grego continuavam a aplicar o dispositivo inconstitucional ao argumento de que o Senado não suspendera a sua executoriedade, na forma do art. 52, X, da CR.

Agora, no cenário legislativo pós Lei 11.464/07, os adeptos de *Procusto* entendem pela retroação da progressão de regime aos casos anteriores à vigência da citada lei, aplicando-se-lhes os prazos de 2/5 (dois quintos) ou 3/5, conforme a hipótese, em nome de vislumbrada *inovação* benéfica.

Para os que, como nós, entendem pelo efeito *erga omnes* do julgamento proferido no *HC 82.959/SP*, a inovação legislativa em referência agravou a situação jurídica dos apenados que ainda não tinham direito à progressão anteriormente à vigência da Lei 11.464/07.

O que se conclui pelas mudanças na legislação que afeta os crimes hediondos e aqueles a eles assemelhados (tráfico de drogas, *e.g.*) é que o Congresso Nacional finalmente absorveu bem a decisão do Supremo e prestigiou o princípio da individualização das penas.

A regra do art. 52, X, da Constituição Federal, nessa história toda, como já era de se esperar frente ao seu caráter obsoleto aqui apreciado, não foi utilizada e, por isso, não experimentou qualquer eficácia. Aliás, eficácia teve, só que às avessas, por apego a odioso formalismo ultrapassado; teve eficácia, pois, apenas virtual, no papel, para o fim de se negar um direito fundamental ao condenado, que é o de poder cumprir a pena de forma progressiva.

Por fim, termina-se este estudo com as palavras manifestadas por Ivan Luís Marques da Silva:

“Vamos aguardar o desfecho do julgamento (Reclamação 4.355) e, enquanto isso, cumprir nossa missão científica e auxiliar os ministros desenvolvendo o tema com argumentos doutrinários e neoconstitucionais, amparados pelos princípios constitucionais, e não pela gélida e inconstitucional letra da norma. Espera-se que o STF continue desempenhando seu papel de forma correta e mantenha-se firme na defesa dos valores constitucionais e da Democracia”<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> “A Problemática criminal do julgamento da Reclamação 4.335 pelo Supremo Tribunal Federal”, in *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano XV, maio/2007, nº 174, p. 4.