

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

EFRAIM WESLEY REBOUÇAS PINTO 207242

ANÁLISE DO EFEITO DA DECISÃO DE CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE: UM ESTUDO DE CASO DO HABEAS
CORPUS Nº 82.959-7

**ANÁLISE DO EFEITO DA DECISÃO DE CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE: UM ESTUDO DE CASO DO HABEAS
CORPUS Nº 82.959-7**

342.81

- x Controle de constitucionalidade
- x Habeas-corpus
- x Pena (Direito)

Ac. 126520
M 342.81
P 659a
R 14048017

EFRAIM WESLEY REBOUÇAS PINTO

**ANÁLISE DO EFEITO DA DECISÃO DE CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE: UM ESTUDO DE CASO DO HABEAS
CORPUS Nº 82.959-7**

Monografia apresentada à banca examinadora da
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Ceará como requisito parcial para a aprovação no
curso de Graduação em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Ms. Fernanda Cláudia Araújo
da Silva

FORTALEZA
2007

EFRAIM WESLEY REBOUÇAS PINTO

**ANÁLISE DO EFEITO DA DECISÃO DE CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE: UM ESTUDO DE CASO DO HABEAS
CORPUS Nº 82.959-7**

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADO


Presidente e Orientador:

2º Examinador:

William Cavalcanti Marques Junior

3º Examinador:

Ulisses José Duarte Lima Monteiro

Fortaleza, 15 de junho de 2007

EFRAIM WESLEY REBOUÇAS PINTO, *Análise do efeito da decisão de controle de constitucionalidade: um estudo de caso do habeas corpus nº 82.959-7*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2007. Monografia de conclusão de curso de Graduação em Direito. Orientação: Prof^ª. Ms. Fernanda Cláudia Araújo da Silva.

RESUMO

INTRODUÇÃO

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo investigar o novo sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo por base as idéias de lavra do Ministro Gilmar Mendes. O antigo sistema de controle, apresentava contornos bem definidos, sendo as ações em sede de controle concentrado destinadas a retirar do ordenamento jurídico as normas inconstitucionais e as em sede de controle difuso, destinadas a evitar a aplicação de normas ou atos normativos contrários à constituição na apreciação de casos concretos. Desde essas mudanças, o sistema jurídico brasileiro, eminentemente romano-germânico, adotou um sistema de controle que é tipicamente usado nos países que usam a *common law*. Agora, examinando-se as ações em casos concretos, o Supremo entendendo a repercussão geral da matéria e a sua relevância, pode atribuir efeitos contra todos e vinculantes, entre eles realizar a modulação de tais efeitos, para tanto deve ser observada a cláusula de reserva de plenário. Essas mudanças foram feitas sem emenda à Constituição, já que entendeu o STF tratar-se de caso de mutação constitucional.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
INTRODUÇÃO	
INTRODUÇÃO.....	01
1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	04
2. REGIMES DE CUMPRIMENTO DA PENA.....	19
3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O HABEAS CORPUS.....	25
4. RESPOSTA LEGISLATIVA À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DO HC Nº 82.959-7.....	42
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47
ÍNDICE SISTEMÁTICO.....	49

INTRODUÇÃO

Conforme afirma Paulo Bonavides (2005, p. 296),

as constituições existem para o homem e não para o Estado; para a Sociedade e não para o Poder. Robespierre, sem embargo da insânia revolucionária que o acometeu nos dias do terror, proferiu uma verdade lapidar quando disse: a Declaração de Direitos é a Constituição de todos os povos.

E tal direito foi exercido pelos brasileiros quando o constituinte de 1988, ao redigir a Lei Maior brasileira, deu à última um caráter rígido, ou, conforme Alexandre de Moraes (2004, p. 41) observa, super-rígido, em virtude de exigir um quorum qualificado para sua modificação, que é 3/5 dos votos dos parlamentares, em dois turnos de votação na Câmara dos Deputados e no Senado, além de estipular cláusulas pétreas, que, conforme o próprio nome adverte, não podem ser modificadas.

Tendo por pressuposto a supremacia constitucional, a garantia de estabilidade e manutenção de todo o sistema, faz-se necessário o Controle de Constitucionalidade, cujo sistema varia de país para país, sendo adotado no continente europeu o modelo das Cortes Constitucionais e nos Estados Unidos da América, o da Suprema Corte. Convém anotar que o Brasil adota o sistema misto de controle, permitindo assim o controle das normas infraconstitucionais e até mesmo de possíveis emendas à Carta Política; tal sistema também visa garantir a integridade da constituição, que pode ser realizado através do controle concentrado, em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), cujo efeito se dá *erga omnes*, por analisarem a norma jurídica *in abstracto*, e ainda através do controle difuso, quando se procede à análise em casos concretos pelo Poder Judiciário, fazendo, até recentemente, somente efeito *inter partes*.

A Constituição Federal, além de prever o sistema de controle, garante também remédios constitucionais aos cidadãos contra ilegalidade ou abuso de poder, sendo os principais o *habeas corpus* e o mandado de segurança, garantias essas constantes no Art. 5º de nossa Lei Maior. No estudo em tela, procederemos à análise do *habeas corpus* nº. 82.959-7, que, ao ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal, considerou inconstitucional o § 1º do Art. 2º da Lei nº. 8.072/90 (lei dos crimes hediondos). Até este ponto não há nenhuma inovação, que só ocorreu quando o Supremo, dando nova feição à ordem constitucional então vigente, dá efeito *erga omnes* e vinculante a uma decisão que, pelo sistema constitucional pátrio, só deveria aplicar-se às partes do processo.

Nesse contexto, deve ser o objeto do presente estudo as modificações que levaram a nossa corte constitucional a esse novo entendimento, as novas idéias e interpretações do texto constitucional esposadas pelos ministros, a implicação que tal mudança terá no controle de constitucionalidade deste ponto em diante e os efeitos que repercutirão sobre a aplicação da pena no Brasil.

A tarefa de delimitar corretamente tais efeitos é árdua, principalmente porque os maiores doutrinadores pátrios ainda não se manifestaram sobre a inovação trazida à lume pelo STF, só restando a consulta a artigos jurídicos, e a jurisprudência do próprio STF, pelo que serão concretizados os ideais limites de tal estudo.

No bojo das inovações destacadas, dar-se-á especial atenção ao estudo da mutação constitucional, da apreciação pelo Supremo da repercussão geral da matéria, da modulação dos efeitos temporais e da objetivação do processo subjetivo ou abstrativização do controle difuso.

Esta monografia está estruturada em quatro capítulos: no primeiro abordamos o controle de constitucionalidade – conceito, requisitos, espécies; no segundo falamos sobre os regimes de cumprimento de pena e seus tipos. No terceiro capítulo, fazemos considerações sobre o *habeas corpus*, remédio jurídico destinado a garantir o direito constitucional de liberdade quando ilegalmente cerceado, em especial do HC nº82.959-7 e seus novos efeitos atribuídos pelo STF. No último capítulo, analisamos a resposta legislativa à decisão do Supremo Tribunal Federal em sede da referida HC.

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes de entrar no exame mais aprofundado do assunto, convém fazer um breve esboço histórico sobre o controle de constitucionalidade nas constituições brasileiras até a constituição cidadã, a atual.

Inicialmente, analisando a Constituição de 1824, são ilustrativas as palavras de Pedro Lenza (2004, p.84) “no tocante ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, a Constituição Imperial de 1824 não estabeleceu qualquer sistema de controle, consagrando o dogma da soberania do parlamento”.

Sob a influência do direito americano, consagra-se no direito brasileiro, introduzido pela Constituição de 1891, a técnica de controle de constitucionalidade, sendo que, à época, existia somente o controle difuso, conforme adverte Lenza (2004, p. 85), em singular lição, “trata-se do denominado controle difuso de constitucionalidade, repressivo, posterior, ou aberto, pela via de exceção ou defesa, pelo qual a declaração de inconstitucionalidade, implementa-se de modo incidental”.

Por certo, conforme Paulo Bonavides e Pedro Lenza, o controle de constitucionalidade foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro tomando influência do direito norte-americano, convém fazer uma breve digressão, para repetir as palavras de Paulo Bonavides sobre o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América:

Principia na decisão do caso *Marbury vs. Madison*, com o célebre raciocínio do juiz Marshall sobre a natureza das Constituições escritas. Sustentava ele então a irrefutável tese da supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária, ao declarar, na espécie julgada, que todo ato do Congresso contrário à Constituição federal deveria ser tido por nulo, inválido e não escrito. Estabeleceu-se desde aí, um sistema americano de controle que consagra a via de exceção, de modo que todo tribunal federal ou estadual, não importa a sua natureza ou grau hierárquico, poderá exercitar esse controle, sentenciando numa demanda a inconstitucionalidade da lei. (BONAVIDES, Paulo, 2005. p. 311).

O controle de constitucionalidade, em sua forma difusa, era previsto no Art. 59 da Constituição brasileira de 1891, que *in verbis*:

obriga esse tribunal a negar validade às leis federaes, quando contrárias à Constituição, quando o Poder Legislativo, adoptando taes leis, não se teve nos limites, em que a Constituição o autoriza a legislar, isto é, transpassou a competência, em que a Constituição o circunscreve.

Por meio da Constituição de 1934, foram estabelecidas mais inovações, introduzindo a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a cláusula de reserva de plenário e a atribuição ao Senado Federal de competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional por decisão definitiva. Conforme Gilmar Ferreira Mendes, em citação trazida a lume por Pedro Lenza:

talvez a mais fecunda e inovadora alteração [...] se refira à ‘declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal’, tal como a denominou Bandeira de Mello, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º I, *a a h*, da Constituição. Cuidava-se de forma peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3º), à declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2º).

Por sua vez, a Constituição Polaca, como era chamada a Constituição de 1937, por sua inspiração na Carta ditatorial polonesa de 1935, manteve o controle difuso de constitucionalidade, estabelecendo, porém, a possibilidade de o Presidente da República influenciar as decisões do Poder Judiciário que declarassem inconstitucional determinada lei. Ele, de modo discricionário, poderia submeter à lei ao parlamento para reexame, revelando dessa forma um fortalecimento do Poder Executivo sobre a matéria.

A Constituição de 1946, que implementou a redemocratização, criou a ação direta de inconstitucionalidade, de competência originária do STF, e retirou o excesso de poder que a Carta de 1937 havia conferido ao chefe do Executivo, além de haver estabelecido a possibilidade de controle concentrado no âmbito estadual.

Como alteração em relação à Constituição de 1946, a Constituição de 1967, juntamente à Emenda Constitucional nº 01 de 1969, previu o controle de constitucionalidade de lei municipal em face da constituição estadual. À emenda constitucional nº 16 de 06 de dezembro de 1965, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, inaugurando no Brasil o controle concentrado de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988 será estudo em pormenores no desenrolar do trabalho monográfico.

1.1 Conceito de controle de constitucionalidade

Segundo leciona Pedro Lenza, (2004; p. 83):

a idéia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um **escalonamento normativo**, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como **norma de validade** para dos demais atos normativos do sistema.

Tal lição nos remete a idéia de que a Constituição é o pressuposto de validade de todo o ornamento jurídico, atendendo ao princípio da supremacia da constituição. Tal supremacia é explicada por José Afonso da Silva (2004, p. 46):

Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem dos Municípios são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Pois, conforme adverte Paulo Bonavides (2005, p. 296),

o sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre o poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma.

E, para garantir a referida supremacia, surge a necessidade de um controle de constitucionalidade, que Alexandre de Moraes assim conceitua (2004, p. 600): “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais)”.

Assim, pode-se conceituar o controle de constitucionalidade como sendo o modo pelo qual o Estado garante a validade e o respeito à integridade constitucional, dada a sua supremacia, verificando a compatibilidade de todo o ordenamento jurídico com a sua lei maior, evitando-se que se introduzam normas inconstitucionais e criando mecanismos para que as leis ou atos normativos inconstitucionais sejam retirados do ordenamento, podendo ser realizada de forma difusa por qualquer juízo ou tribunal ou de forma concentrada, através das ações diretas.

1.2 Pressupostos ou requisitos de constitucionalidade das espécies normativas

Primeiramente, convém analisar os requisitos formais que dizem respeito à observância das normas constitucionais relativas ao processo legislativo. Quando a Carta Magna exige para a aprovação de uma lei complementar, por exemplo, o quorum de maioria absoluta dos votos dos parlamentares, a aprovação por maioria simples contaminaria o novo ato normativo por vício de inconstitucionalidade formal objetiva.

A inconstitucionalidade formal pode ser subjetiva, dizendo respeito aos legitimados para o início da atividade legislativa, sendo que, quando a iniciativa para respectiva lei ordinária é da Câmara dos Deputados, tal disposição deve ser obedecida, visto que, quando o processo legislativo de referida norma é iniciado pelo Senado, ter-se-á inconstitucionalidade formal subjetiva.

Já a inconstitucionalidade formal objetiva diz respeito às fases constitutiva e complementar do processo legislativo. Conforme exemplo supracitado, deve-se respeitar o quorum de votação e as outras normas do processo legislativas insculpidas nos artigos 60 a 69 da Constituição, sob pena de incorrer neste tipo de inconstitucionalidade.

Em segundo lugar, analisam-se os requisitos substanciais ou materiais, os segundos pressupostos, que dizem respeito à verificação material de compatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal.

1.3 Controle preventivo

O primeiro momento de controle é o do controle prévio ou preventivo, sendo realizado durante o processo legislativo no qual o ato é formado. Tal forma de controle pode ser realizada pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O controle prévio realizado pelo Legislativo é feito através das comissões de constituição e justiça, tanto da Câmara dos Deputados, quanto do Senado, que emitirá parecer quanto a constitucionalidade ou não, do ato. Em caso de parecer negativo, tal projeto de lei deverá ser arquivado.

O controle preventivo realizado pelo Poder Executivo dá-se através da sanção ou do veto de seu chefe, o presidente da república. Tal veto pode ser jurídico, quando o presidente considera o novo ato normativo inconstitucional, ou político, quando considera o projeto contrário ao interesse público.

O controle preventivo realizado pelo Poder Judiciário dá-se em respeito ao direito subjetivo dos parlamentares de participarem de um processo legislativo, nesse caso, o processo o controle é pela via de exceção, defesa do direito do parlamentar, que possui, ele e somente ele, legitimidade ativa *ad causam* para propor tal ação junto ao Supremo Tribunal Federal.

1.4 Controle repressivo

Primeiramente, convém analisar o controle repressivo realizado pelo poder legislativo, conforme previsto pelo Art. 49, V, da Constituição Federal de 1988, determinando competir ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Tal hipótese, dá-se quando o chefe do

poder executivo exorbita de seus poderes, conferidos pelo Legislativo, para a feitura de uma lei delegada ou para regulamentar uma lei, dando-se principalmente quando a regulamentação interfere e inova a disposição legal, sendo uma forma de intromissão do poder executivo na forma de legislar. Tal sustação dar-se-á por decreto legislativo. Outra forma de feitura do controle de constitucionalidade repressiva por parte do poder legislativo é a exercida sobre as medidas provisórias que, após editadas pelo chefe do executivo, tem aplicabilidade imediata e força de lei. Na hipótese de rejeição de tal medida, tendo por base o parecer da comissão temporária mista, estará sendo feito o controle de constitucionalidade repressivo exercido pelo poder legislativo.

1.4.1 Controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário

Paulo Bonavides (2005, p.301) que, comentando o controle de constitucionalidade a ser exercido por um órgão jurisdicional assim se manifesta:

Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e a proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis.

Não se pode deixar de notar a influência tanto do direito europeu, ao estabelecer as cortes constitucionais, órgãos responsáveis pela guarda da Constituição, pelo que no velho continente o modelo de controle de constitucionalidade da maioria dos países, principalmente a Alemanha, dá-se de forma concentrada, quando do direito norte americano, no qual o controle ocorre de forma difusa, tendo tal controle surgido no caso *Marbury vs. Madison*, comentado em páginas anteriores do presente trabalho monográfico.

O controle de constitucionalidade repressivo realizado pelo Poder Judiciário no Brasil é misto, ou seja, pode ser exercido tanto da forma concentrada, quanto da forma difusa, inspirado nos dois modelos referidos no parágrafo anterior.

Ilustrativo do controle de constitucionalidade exercido de forma concentrada é a previsão constitucional insculpida no Art. 102, I, a :

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

A previsão do controle de constitucionalidade exercido de forma difusa deve preencher o requisito previsto no Art. 97 da Constituição Cidadã, doutrinariamente chamado como cláusula de reserva de plenário, estendendo a possibilidade do controle difuso também aos tribunais, advertindo, porém, que tal declaração depende dos votos da maioria absoluta de seus membros e não veda a declaração de inconstitucionalidade a ser feita pelo juiz monocrático. Transcrevo o artigo constitucional supracitado por sua importância e pela clarividência de suas palavras, *in verbis*:

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.

1.4.2 Controle difuso

Indispensável a explicação sobre controle difuso de Alexandre de Moraes (2004, p.608), que assevera:

Também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal”. A idéia de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu do caso Madison versus Marbury(1803), em que o Juiz Marshal da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo.

Neste tipo de controle, o objeto da lide é tutelar os direitos dos jurisdicionados e a obtenção da declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em descompasso com a Lei Maior, não é o objeto principal da lide, mas um incidente que diretamente interfere na decisão de mérito a ser prolatada. Deve-se dar destaque ainda ao fato de que a doutrina tradicional, recentemente contraditada pelo STF, dá a esta decisão de inconstitucionalidade efeito somente *inter partes*, sendo que, para os demais, alheios ao processo no qual a declaração foi feita, a norma inconstitucional continua valendo. Em escólio brilhante, assim se

manifesta Alexandre de Moraes (2004, p. 608) sobre o efeito da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa:

O que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei Maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação à terceiros.

No mesmo sentido, posiciona-se Paulo Bonavides (2005, p. 302), *in verbis*:

O controle por via de exceção, aplicado às inconstitucionalidades legislativas, ocorre unicamente dentro das seguintes circunstâncias: quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar. Sem o caso concreto (a lide) e sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento só se estende às partes em juízo. **A sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não-aplicação caso particular, objeto da demanda.** É o controle por via incidental. [grifo nosso]

Portanto, posto um litígio em juízo, poderão os juízes analisar a constitucionalidade ou não das leis ou atos normativos, tendo a declaração de inconstitucionalidade caráter necessário, não sendo, porém o objeto principal da ação.

O Supremo Tribunal Federal, respeitado o quorum previsto no Art. 97 da CF, poderá em um caso concreto declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, em uma decisão de caráter definitivo. Em pó, poderá oficiar ao Senado, para que, nos termos do Art. 52, X, da Constituição Federal, emita uma resolução, que suspenda em todo ou em parte a execução do ato tido por inconstitucional pelo STF. Por sua importância e necessidade à compreensão do estudo, transcrevo o referido artigo:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Deve-se destacar que por respeito ao Art. 2º da Carta Cidadã, que informa serem os poderes da União independentes e harmônicos entre si o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, o Senado tomará discricionariamente a decisão sobre a emissão ou não da resolução declarando o ato oficiado pelo STF inconstitucional. Nesse sentido, indispensáveis as palavras do ministro Paulo Brossard, citadas por Alexandre de Moraes (2004, p. 613):

Tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para com os indivíduos, como para com a ordem jurídica.

O alcance dessa declaração do Senado Federal aplica-se à suspensão no todo ou em parte tanto de leis federais, quanto de leis estaduais, municipais ou distritais.

O controle de constitucionalidade difuso também pode ocorrer durante o processo legislativo em trâmite, na salvaguarda do direito dos parlamentares de manter um processo legislativo hígido, conforme leciona Alexandre de Moraes (2004, p. 608):

O controle jurisdicional sobre a elaboração legiferante, inclusive sobre propostas de emendas constitucionais, sempre se dará de forma difusa, por meio do ajuizamento de mandado de segurança por parte de parlamentares que se sentirem prejudicados durante o processo legislativo.

1.4.2.1 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no sistema de controle difuso

Na declaração incidental, ou seja, em um caso concreto em sede de controle difuso, os efeitos para as partes envolvidas no processo será *ex tunc*, ou seja, desfaz-se, para as mesmas, o ato inconstitucional desde a sua origem e os efeitos dele derivados. Ressalte-se novamente, que tal efeito só ocorre para as partes envolvidas no processo.

Para os demais, alheios ao processo, mesmo após a edição de resolução do Senado Federal, nos termos do Art. 52, X, da Constituição Federal, a decretação de inconstitucionalidade terá efeitos *erga omnes*, porém, referidos efeitos serão *ex nunc*, ou seja, não retroagirão e as conseqüências jurídicas até o momento da declaração continuarão tendo validade.

1.4.3 Controle concentrado

Inspirado no sistema europeu, que adota cortes ou tribunais constitucionais, em oposição ao *judicial review*, do *common law*, é exercido nos moldes do controle preconizado por Hans Kelsen, conforme afirma Alexandre de Moraes (2004, p. 626), adotado por Alemanha, Espanha, Itália e Portugal, confere a um tribunal superior a competência para processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Pois, conforme anota Paulo Bonavides (2005, p. 307):

O sistema de controle por via de ação permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Trata-se, como se vê, ao contrário da via de exceção, de um controle direto. Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada *erga omnes* (com relação a todos).

O sistema de controle concentrado dos atos normativos, ao contrário do sistema difuso, não necessita da edição de resolução pelo Senado para adquirir efeitos *erga omnes*, sendo que, a declaração de inconstitucionalidade através de uma ADIN, terá efeitos *ex tunc* e *erga omnes*. Sobre a desnecessidade de edição de resolução pelo Senado para a declaração de inconstitucionalidade nesse sistema, trago a colação as palavras de Hely Lopes Meirelles (2005, p. 314), que:

Ao Direito italiano pedimos, todavia, uma formulação mais singela e mais eficiente do que a do art. 64 da nossa Constituição, para tornar explícito, a partir da declaração de ilegitimidade, o efeito *erga omnes* de decisões definitivas do Supremo Tribunal, **poupando ao Senado o dever correlato de suspensão da lei ou do decreto** – expediente consentâneo com as teorias de Direito Público em 1934, quando ingressou em nossa legislação, mas presentemente suplantada pela formulação contida no art. 136 do Estatuto de 1948: ‘Quando la corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma di avere efficacia tal giorno successivo allà pubblicazione della decisione’. [grifo nosso]

As espécies de controle de constitucionalidade concentrado estabelecidas pela Constituição Federal são a ação direta de inconstitucionalidade genérica, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação

declaratória de constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva foi valorizada pela Constituição de 1988, que ampliou os legitimados para a propositura da mesma, estando aqueles enumerados no Art. 103 da Carta Cidadã que transcrevo:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ora, conforme previsto por Anschütz (1927, p.208), toda vez que se outorga a um tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias. Ora, tal valorização, deu-se, ainda mais, em virtude da desnecessidade de provocação do Senado para conferir-se à decisão efeitos gerais e não somente as partes, o que, em tese, facilitaria o controle. A respeito de tal posicionamento, contesta-se a viabilidade de o Supremo Tribunal Federal, contando apenas com 11 ministros por determinação constitucional, atender às demandas de tão grande número de legitimados a propositura da ADIN e de tantos interesses envolvidos na declaração ou não da inconstitucionalidade.

Os partidos políticos, legitimados pela Constituição de 1988 a propor a ADIN, utilizaram-se em muitas situações dessa prerrogativa, sendo ilustrativo as ações propostas para declarar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 2/92, que antecipou o plebiscito sobre a forma e o sistema de governo previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o questionamento da legitimidade da lei do salário mínimo e a controvérsia sobre a legitimidade do pagamento mediante precatório para os créditos de natureza alimentícia, entre diversos outros casos.

A finalidade da ADIN genérica é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo que seja incompatível com a Constituição Federal, por isso, em virtude de sua natureza e já mencionada finalidade, não é susceptível de desistência, em virtude do interesse democrático em ver o ordenamento jurídico em constante aprimoramento e “reciclagem”. Sendo que, conforme adverte Alexandre de Moraes, a finalidade do STF é agir como *legislador negativo*, nunca *legislador positivo*, devendo a sua atuação limitar-se a retirar do ordenamento as leis e atos normativos inconstitucionais.

Destaca-se, ainda, a possibilidade de incidência do controle concentrado por meio de ADIN em relação às medidas provisórias e de modo inverso, a impossibilidade de controle em relação às normas constitucionais trazidas a lume pelo poder constituinte originário, tendo em vista a não adoção da teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*). Conforme anota Alexandre de Moraes (MORAES, Alexandre, 2004, p.630).

Analisa-se agora a amplitude do controle a ser realizado, sobre a possibilidade de controle do STF em relação às leis ou atos normativos municipais ou estaduais em relação à constituição estadual. Pacífica é a tese de que tal controle, em respeito ao princípio federativo, deve ser realizado pelo Tribunal de Justiça local e não pelo Supremo Tribunal Federal. Trago agora à baila, as palavras de Alexandre de Moraes (2004, p.631) sobre o assunto em comento:

Note-se que, se a lei ou ato normativo municipal, além de contrariar dispositivos da Constituição Federal, contrariar, da mesma forma, previsões expressas do texto da constituição Estadual, mesmo que *de repetição obrigatória e redação idêntica*, teremos a aplicação do citado art. 125, §2º, da CF, ou seja, competência do Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro.

Na hipótese de tramitar simultaneamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça e outra no STF, contra a mesma lei estadual em face de um princípio da Constituição Estadual idêntico ao da Constituição Federal, suspende-se o curso da ação direta perante o TJ até o julgamento final perante a Suprema Corte.

Em relação aos decretos regulamentares, o STF tem admitido, excepcionalmente, o controle de constitucionalidade através de ação direta, quando o decreto manifestamente não

regulamenta lei, mas trata-se de decreto autônomo, em clara ofensa ao princípio da separação de poderes, previsto no Art 2º, da Constituição Federal.

O Advogado Geral da União é o curador especial do princípio da presunção geral de constitucionalidade da lei ou do ato normativo, tendo em vista a presunção de constitucionalidade de que goza a legislação, posto que a mesma, antes de ser aprovado, passou pelo controle preventivo das Comissões de Constituição e Justiça, além de outros controles, como o do Chefe do Executivo que pode utilizar-se do veto jurídico para barrar a aprovação de tais atos. Portanto, cabe ao advogado da união a defesa da constitucionalidade dos atos normativos durante o processamento da ADIN.

Em caso de ser declarada a inconstitucionalidade da norma, a mesma será retirada do ordenamento jurídico, com efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos. Nos casos de situações excepcionais, poderá ser conferido efeitos *ex nunc*, não retroativos, ou pró-futuro à declaração de inconstitucionalidade, por votos de dois terços dos ministros do STF.

Existe também a ADIN interventiva, para a defesa e preservação da observância dos princípios sensíveis, sendo eles a forma republicana, o regime democrático e o sistema representativo, a aplicação dos mínimos exigidos nas receitas dos tributos partilhados na manutenção do ensino e da saúde, a manutenção da autonomia municipal, dos direitos da pessoa humana e a prestação de contas das administrações públicas, diretas e indiretas.

Assim, qualquer lei ou ato normativo inconstitucional que atente contra os princípios sensíveis acima arrolados, poderá ser o objeto de controle por meio da ADIN interventiva.

O Procurador Geral da República detém a legitimidade ativa para propor a ação em comento, devendo a decretação da intervenção federal ser realizada pelo Presidente da República.

Existe também previsão constitucional acerca da ADIN por omissão, tendo por objetivo tornar efetiva medida constitucional, dando ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, caso seja órgão administrativo, que tome tais providências no prazo de trinta dias, pois, no dizer de Alexandre de Moraes, que peço vênias para transcrever:

“A constituição determinou que o Poder Público tivesse uma conduta positiva, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e a eficácia da norma constitucional”. (MORAES, Alexandre, 2004, p. 631). Ora, tal inconstitucionalidade configura-se quando a despeito de a Constituição Federal exigir uma conduta positiva do agente, o mesmo permanece omissivo.

O combate a essa já referida omissão é de suma importância, a fim de se evitar a chamada síndrome de inefetividade, que causa a inaplicabilidade de algumas normas constitucionais. O remédio para tal problema é a ADIN por omissão.

Os legitimados a propositura da ação em comento são o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, as Mesas das Assembleias Legislativas e da Câmara Legislativa, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e, por fim, confederações sindicais ou entidades de classe do âmbito nacional.

Como requisito lógico a propositura da referente ação, exige-se que haja decorrido um tempo razoável sem a edição da norma regulamentar faltosa. Como na ADIN por omissão não existe ato impugnado a ser defendido, é desnecessária a oitiva do Advogado Geral de União.

Analisaremos agora a Ação Declaratória de Constitucionalidade, que conforme observa Hely Lopes Meirelles (2005, p.321), foi criada no bojo da reforma tributária de emergência, introduzindo-se no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade a referida ação.

Inicialmente, convém advertir que a ADC nada mais é do que uma ADI genérica com o sinal trocado, ou seja, caráter dúplice ou ambivalente. Tem como legitimados a sua propositura os descritos no artigo 103 da Carta Cidadã, quais sejam, o Presidente da República, a mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, a mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e, por fim, Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

Questão interessante é a de que no caso de uma ADI proposta por partido político com representação no Congresso Nacional deve prosseguir ou não, caso esse partido perca sua representação. O STF tem esposado a teoria de que o saneamento da Constituição é interesse de toda a sociedade e não só de grupos específicos, deve a ADI prosseguir até o seu julgamento, mesmo que o partido tenha perdido sua legitimidade ativa para agir.

A Lei de Execução Penal - LEP, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1978, em seu art. 1º, estabelece a seguinte regra: "A execução da pena privativa de liberdade, observando o disposto no parágrafo do art. 5º da Constituição Federal, At. Magna, rege-se, portanto, atendida a finalidade social, pelas normas relativas à quantidade e natureza da pena, assim como a natureza e duração do regime inicial de cumprimento da pena, que se mostra obrigatório em determinadas situações, ficando de fora os critérios de personalidade e circunstâncias pessoais do condenado".

O art. 30 da Constituição não proíbe, portanto, a decisão sobre o regime de cumprimento da pena de ser baseada em critérios de natureza condicional, mas no caso de ocorrência fides supra e infra (nova condicional de cunho de e progressiva).

Além disso, o Art. 33 de CP, in fine, dispõe: "A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A prisão, em qualquer dos casos, será efetuada, salvo necessidade de transferência a outro Estado". Da lei de execução penal, em sua melhor doutrina, o regime inicial de cumprimento das condenações é progressivo, podendo ser qualquer um dos três (fechado, semi-aberto ou aberto), já a natureza de detenção pode ser fechada ou aberta, desde que se saiba que os condenados não são submetidos a trabalho forçado, salvo em casos de extrema necessidade, de natureza grave. No caso de reclusão, a pena deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, no condão de pena privativa de liberdade, e a pena de detenção, em qualquer dos regimes de prisão.

Com o advento da Lei nº 2.003, de 2 de julho de 1978, que dispõe sobre a execução penal, ficou estabelecido que o regime de cumprimento da pena deve ser determinado pelo juiz, salvo em casos de exceção prevista. Lei nº 9.431, de 19 de dezembro de 1997, alterou o art. 30 da Constituição para que o regime de cumprimento da pena seja determinado pelo juiz, salvo em casos de exceção prevista.

2 REGIMES DE CUMPRIMENTO DA PENA

A Lei de Execução Penal – LEP, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, em seu Art. 110, dispõe que “o juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observando o disposto no Art. 33 e seus parágrafos do Código Penal.”. Ao Magistrado cabe, portanto, atender tais dispositivos, os quais dizem respeito à quantidade e natureza da pena, assim como à reincidência, estabelece o regime inicial do cumprimento da pena, que se mostra obrigatório em algumas hipóteses e em outras ficam dependentes do critério do juiz frente às circunstâncias judiciais previstas no Art. 59 do Código Penal (CP) para fixação da pena-base.

O juiz de execução não pode modificar a decisão sobre o início do regime proferida pelo juiz da sentença condenatória, a não ser no caso de ocorrerem fatos supervenientes (nova condenação, unificação e progressão).

Assim dispõe o Art. 33 do CP, *in verbis*: “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”. Da letra da lei e apoiando-se, também, na melhor doutrina, o regime inicial de cumprimento aos condenados à pena de reclusão pode ser qualquer um dos três (fechado, semi-aberto e aberto), já a pena de detenção será cumprida em regime semi-aberto ou aberto, valendo ressaltar que os condenados à detenção podem sofrer regressão de regime por cometimento de falta grave. Só será fixado regime semi-aberto ao condenado não reincidente e, inversamente, ao condenado a pena de reclusão que é reincidente, o regime será sempre o fechado.

Com o advento da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, ficou estabelecido que o regime de cumprimento da pena será o integralmente fechado, salvo em relação ao crime de tortura - Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 - e Súmula

nº 698 do Supremo Tribunal Federal - STF, vedada, por óbvio, a progressão de regimes. O dispositivo, ora em análise, vinha tendo sua aplicação mitigada por juízes monocráticos, que ao prolatar sentença condenatória fixavam para esses crimes o regime inicialmente fechado, sentença essa, que após o decurso *in albis* do prazo, adquiria força de coisa julgada, sendo possível a progressão de regime para tal caso concreto.

Em recente decisão, em sede de controle difuso de constitucionalidade, o STF, em apertada maioria, decidiu pela inconstitucionalidade da vedação a progressão de regimes e conferiu à essa decisão, invertendo a tradicional doutrina constitucional brasileira de controle difuso efeitos *erga omnes* e vinculantes.

A Lei de Execução Penal determina, em seu Art. 31, que os condenados a pena privativa de liberdade estão obrigados ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade. Tal dispositivo tem sua aplicação controvertida, tendo em vista que alguns tribunais e doutrinadores entendem não ter sido o mesmo recepcionado pela Constituição Federal, em seu Art. 5º, XLVII, alínea *c*, *in verbis*: “Não haverá penas de trabalhos forçados”.

Após o cumprimento de pelo menos um sexto da pena no regime anterior e observada a ostentação de bom comportamento carcerário, respeitadas as normas que vedam a progressão, será concedido a progressão para o regime menos rigoroso. Art. 112 da LEP (Lei nº 7.210/84). É vedada a progressão por salto.

Inversamente, por força do disposto no Art. 118 da mesma lei, a execução da pena poderá ser regredida para modo mais severo, permitida a regressão por salto, no caso da prática de fato definido como crime doloso, falta grave ou em nova condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução torne incabível o regime.

2.1 Regime fechado

Nesse regime, o condenado será recolhido a uma penitenciária, só podendo sair de tal estabelecimento para receber atendimento odontológico, médico-hospitalar ou obter uma permissão de saída no caso de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheiro(a),

ascendente, descendente, irmão, ou outros casos a critério do juízo de execução. Em todas as hipóteses, tal saída será mediante escolta.

Prevê a Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/84, em seu Art. 88 que o condenado será alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, com ambiente salubre, ventilado, possuidor de iluminação solar e temperatura adequada. Já no Art. 89 e 90 da LEP, está previsto que na penitenciária feminina poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e creche, para assistir o menor desamparado cuja responsável esteja presa. A penitenciária masculina será construída em local afastado do centro urbano a distância que não restrinja a visitação.

Mesmo em regime fechado, o condenado tem direito a banho de sol, a visitas em dias determinados e a remissão da pena pelo trabalho.

Podemos inferir a distância entre a realidade e o que exige a lei.

2.2 Regime semi-aberto

A pena de prisão em regime semi-aberto será cumprida em colônia agrícola, industrial ou similar. Observados os requisitos do Art. 88, alínea *a*, da LEP, o condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, sendo requisitos básicos desse alojamento, o limite de capacidade máxima que atenda a individualização da pena e a seleção adequada dos presos. No Estado do Ceará, os presos submetidos ao regime semi-aberto cumprem pena na Colônia Agropastoril do Amanari e na Colônia Agrícola do Cariri Padre José Arnaldo Esmeraldo de Melo.

2.3 Regime aberto

O regime aberto será cumprido em casa de albergado, que deverá ser situada em centro urbano e caracterizada pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga, além de local destinado para cursos e palestras.

Para que possa ingressar no regime aberto de cumprimento da pena, deverá o condenado aceitar seu programa e as condições impostas pelo juiz. (Art. 113 da LEP). Do mesmo modo, deve estar trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente, apresentar pelos antecedentes ou pelo resultado do exame a que for submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade ao novo regime.

Deve o juiz de execuções estabelecer condições para o cumprimento da pena em regime aberto, seja as previstas no Art. 115 da LEP, quais sejam, permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; sair para o trabalho e retornar nos horários fixados, não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; comparecer a juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado, seja outras que entender necessárias.

O juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá modificar as condições estabelecidas, Art. 116 da LEP. Tal modificação de condições será feita pelo juiz visando recuperar o condenado e obedecendo o princípio da individualização da pena, podendo ser acrescentadas outras condições, não previstas no Art. 115. Sendo, portanto, desejável proibir-se o acesso a bares, ao condenado que tem histórico de alcoolismo ou de freqüentar estádios de futebol, para o apenado que foi envolvido em crimes relacionados à rivalidade entre torcidas organizadas.

Poderão ser recolhidos ao regime aberto em residência particular, o condenado maior de 70 (setenta) anos; o condenado acometido por doença grave; a condenada gestante, com filho menor ou deficiente físico ou mental, consoante o disposto no Art. 117 da LEP.

No Estado do Ceará só existem as Casas de Albergado em Sobral e em Pacatuba, o que inviabiliza o cumprimento da pena em regime aberto, sendo conflitantes as decisões judiciais nesse sentido, umas entendendo que no caso de ausência de casa de albergado, deve o condenado, embora fora das condições permissivas do Art. 117 da LEP, cumprir a pena de regime aberto em residência particular, nesse sentido:

Inexistência da Casa de albergado: critério do juiz – STJ “Execução Penal – Prisão albergue. Cumprimento da pena em prisão domiciliar, à falta de casa de albergado ou de outro local suficiente, ou o Estado se prepara para a execução penal,

como prescrita em lei, ou o juiz terá que encontrar soluções para os impasses. E uma dessas é a prisão domiciliar, se o condenado faz jus à prisão albergue, por aplicação analógica do art. 117 da Lei de Execução Penal, quando inexistir casa de albergado ou outro local adequado. Recurso de *habeas corpus* provido.

Outras decisões dos juízes, embasadas por decisões do STF, entendendo que na inexistência de casa de albergado, será assegurado ao condenado trabalho fora da prisão, com o seu recolhimento noturno e em dias de descanso e feriados.

Inexistência de Casa de Albergado: possibilidade de trabalho externo – STF: “Processual Penal – Penal – Regime penal aberto. Prisão albergue domiciliar. Impossibilidade. *Reformatio in pejus*. A prisão albergue domiciliar somente é cabível nas hipóteses estabelecidas no art. 117 da Lei 7.210/84. Deferido regime aberto, mas inexistindo casa de albergado, a solução será assegurar-se ao preso o trabalho fora da prisão, como o seu recolhimento noturno e em dias de descanso e feriados. Sendo assim, não há constrangimento ilícito na expedição do mandado de prisão. Inocorrência de *reformatio in pejus*. HC indeferido”

De todo o exposto, caberá ao juiz de execução posicionar-se em cada caso concreto e ao poder público ajustar as instalações prisionais às exigências da lei de execução penal.

2.4 Vedação à progressão: Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984

Antes de analisar-se a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos, convém delimitar o que realmente é um crime hediondo. Primeiramente, é de bom alvitre informar que tais crimes, estão relacionados de forma taxativa na lei em comento. Peço agora vênia para transcrever as palavras de Alexandre de Moraes e de Gianpaolo Poggio Smanio sobre o assunto:

Crime hediondo, no Brasil, não é o que no caso concreto se mostra repugnante, asqueroso, depravado, horrível, sádico, cruel, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execuções, ou pela finalidade do agente, mas sim aquele definido de forma taxativa pelo legislador ordinário. Ressalte-se que a Constituição Federal, por meio de norma constitucional de eficácia limitada, previu algumas consequências penais e processuais aos crimes hediondos, autorizando, porém, que o legislador ordinário os definisse. (MORAES, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio, 2004. p.59)

Destaque-se agora ter sido a Lei nº 7.210/84 recentemente modificada pelo legislador ordinário, tema esse que será analisado no capítulo 4 deste trabalho monográfico.

A vedação à progressão, prevista pelo antigo parágrafo 1º do Art. 2º, está conceituada por Alexandre de Moraes e de Gianpaolo Poggio Smanio, os quais assim asseveram, *in verbis*:

O §1º, do art. 2º, da presente lei prevê que a pena aplicada em razão da prática de crimes hediondos ou assemelhados será integralmente cumprida em regime fechado, vedando-se qualquer espécie de progressão aos regimes semi-aberto ou aberto. Essa previsão não padece de qualquer inconstitucionalidade. A obrigatoriedade legal do cumprimento integral da pena, em caso de condenação por crimes hediondos ou assemelhados, em regime fechado não ofende o princípio da individualização da pena, uma vez que se trata de matéria infraconstitucional a ser disciplinada por lei ordinária. Assim, da mesma forma como o legislador ordinário tem a discricionariedade para a criação de regimes de cumprimento de pena, bem como de hipóteses de progressão e regressão entre os diversos regimes previstos, poderá também instruir algumas hipóteses em que a progressão estará absolutamente vedada (MORAES, Alexandre, 2004. p.74)

Assim, aos condenados por um dos tipos taxativamente relacionados na lei e que, em suas sentenças condenatórias, constar o dispositivo, cumprir a pena em regime integralmente fechado, não poderão passar para regimes mais flexíveis de cumprimento, era o que preconizava o dispositivo em análise da lei em comento.

Uma inconsistência legal deveras alardeada como um erro em relação à recuperação aos presos, era a possibilidade de, a despeito de a lei em comento vedar a progressão de regime, a mesma possibilita o livramento condicional do apenado, que sairá diretamente do regime fechado para a liberdade condicional, sem passar pelas diversas fases de ressocialização previstas na Lei de Execuções Penais.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O HABEAS CORPUS

Antes de adentrar na análise profunda do instituto jurídico em comento, convém fazer um breve esboço histórico, que, pela pesquisa bibliográfica consultada, tem a mais didática lição nas palavras de Mirabete:

O instituto *habeas corpus* tem sua origem remota no Direito Romano, pelo qual todo cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente por meio de uma ação privilegiada que se chamava *interdictum de libero homine exhibendo*. A maioria dos autores, porém, tem apontado sua origem no Capítulo XXIX da Magna Carta, que, por pressão dos barões, foi outorgada pelo Rei João Sem Terra em 19 de junho de 1215 nos campos de Runnymede. (MIRABETE, Julio, 2006, p.738).

Por fim, existem correntes doutrinárias que afirmam ter o instituto surgido apenas em 1679, na Espanha, no reinado de Carlos II.

No Brasil, o remédio heróico, como o *habeas corpus*, muitas vezes, é chamado pelos causídicos militantes, surgiu somente na Carta Imperial de 1824, mas somente implicitamente, através da proibição de prisões arbitrárias. O surgimento expresso somente ocorreu expressamente no Código de Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832, em seu artigo 340 que assim ordenava: “Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento em sua liberdade, tem o direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor”.

O significado de *habeas corpus* é “tome o corpo”, sendo que, tal expressão traduz a essência do instituto que destina-se a tutelar a liberdade física do indivíduo, a liberdade de ir, ficar e vir. Ilustrativo é o conceito que o Professor Pacheco apresenta sobre o tema como sendo: “O remédio judicial que tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou a

coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder”. (PACHECO, J. E. de Carvalho, 1983, p.13).

Existem discussões doutrinárias a respeito da natureza jurídica do instituto, pois, o mesmo é tido como recurso ordinário, recurso extraordinário, recurso de caráter especial ou misto, instituição *sui generis*, etc.

Filio-me a tese de Mirabete, que afirma tratar-se o remédio heróico de uma ação penal popular constitucional, embora por vezes possa servir de recurso.

Quanto às suas espécies, o *habeas corpus* pode ser **liberário**, quando destina-se a afastar o atual cerceamento ilegal da liberdade de locomoção do cidadão ou **repressivo**, quando é impetrado diante de uma ameaça a liberdade de locomoção, sendo, nessa hipótese, expedido um salvo-conduto, devendo ser assinado pela autoridade competente. De clareza solar sobre o assunto em comento é o Art. 647 do CPP: “Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”.

A legitimidade ativa para a impetração do recurso heróico é ampla, sendo os legitimados descritos no caput Art. 654 do CPP, que, *in verbis*, ordena: “O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.” Interessante notar que tal ação pode ser impetrada por qualquer pessoa, mesmo que não tenha capacidade postulatória, posto que a sua utilização independe de advogado. Nesse sentido, ilustrativas as palavras do processualista Mirabete, que assim informa:

Qualquer pessoa do povo, independentemente de habilitação legal ou de representação por advogado, de capacidade política, civil ou processual, de idade, sexo, profissão, nacionalidade ou estado mental, pode fazer uso do remédio heróico, em benefício próprio ou alheio. Não há impedimento para que o faça o menor de idade, o insano mental e o analfabeto, mesmo sem estarem representados ou assistidos por outrem”. (MIRABETE, Julio, 2006, p.738).

A legitimidade ativa estende-se a qualquer do povo que tenha desejo de impetrar ação em favor de terceiro, posto que, presume-se, na hipótese, a concordância do paciente, já que a medida só pode favorecê-lo e nunca prejudicá-lo.

A legitimidade passiva é atribuída a chamada autoridade coatora, que, em princípio, deve exercer função pública. O constrangimento ilegal por parte de particular pode traduzir-se em diferentes tipificações penais, previstas como constrangimento ilegal, ameaça, seqüestro e cárcere privado, etc. Caso o juiz, ao receber os autos de inquérito policial, podendo, de ofício, relaxar a prisão ilegal e não o fazendo, torna-se a autoridade coatora, no lugar da anterior, que, no caso em exame, era o delegado de polícia.

Outro requisito para a concessão do remédio heróico é a coação em si, a liberdade do paciente, sendo os principais casos descritos no Art. 648 do CPP, que *ad litteram* transcrevo:

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

- I - quando não houver justa causa;
- II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
- III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;
- IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;
- V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;
- VI - quando o processo for manifestamente nulo;
- VII - quando extinta a punibilidade.

Como requisitos de admissibilidade do habeas corpus, tem-se que deve-se respeitar a legitimidade ativa e passiva do processo, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir, sob pena de ser o paciente julgado carecedor da ação.

Importante observar que, por determinação constitucional, insculpida nos Art. 138 e 139 da Constituição Federal, será inadmissível a interposição do remédio heróico durante o estado de sítio.

Os requisitos da petição inicial do habeas corpus estão descritos no parágrafo primeiro do Art. 654 do Código de Processo Penal Brasileiro:

§ 1º A petição de habeas corpus conterá:

- a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
- b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;

c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

A competência para a apreciação do *habeas corpus* a ser impetrado é da autoridade imediatamente superior àquela da qual parte a coação.

A despeito da possibilidade de o remédio heróico ser interposto sem advogado, o representante do paciente que não for advogado não poderá fazer a sustentação oral. Transcrevo a advertência do professor Mirabete (2006, p. 761) nesse sentido:

Na sessão do julgamento *habeas corpus* pelo Tribunal podem fazer sustentação oral o Ministério Público e o procurador habilitado do impetrante ou paciente. A permissão constitucional para que qualquer do povo possa impetrar o *habeas corpus*, não se estende a todo o procedimento; por falta de apoio em previsão legal ou regimental **não pode fazer sustentação o impetrante ou paciente que não for advogado.** [grifo nosso]

3.1 Estudo de caso Habeas Corpus nº 82.959-7 e os seus efeitos

O HC em comento tem caráter *sui generis*, posto que teve como impetrante e paciente a mesma pessoa, Oseas de Campos, pastor evangélico, condenado por atentado violento ao pudor contra três menores de idade, delito esse que o paciente nunca confessou. Reproduzo aqui *in verbis*, o relatório de lavra da Ministra Ellen Gracie, que, referindo-se ao processo em comento, diz:

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.

Cumprindo pena na penitenciária de Avaré, o condenado escreveu cartas de próprio punho dirigidas ao Supremo Tribunal Federal, manejando com destreza o direito penal e processual penal, tendo como ajuda um código comentado, presenteado do advogado Roberto Delmanto Júnior, doutrinador conhecido, que havia sido procurado pelo condenado através, também, de cartas.

As autoridades coatoras da presente ação são o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, e o remédio heróico impetrado visava à obtenção do direito à progressão de regime de cumprimento de pena, uma vez que o condenado já havia cumprido um sexto da pena a que fora condenado e manifestava bom comportamento carcerário. Tal progressão não poderia ser concedida pelo juiz de execução, em virtude de que o réu havia sido condenado a cumprir integralmente a pena em regime fechado, por força do disposto no parágrafo 1º do Art. 2º da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

O paciente, em síntese, sustentava em sua ação que o ato praticado deveria merecer enquadramento como obsceno e não como atentado violento ao pudor; que a violência presumida em relação à vítima menor de quatorze anos não qualifica o crime de atentado violento ao pudor como hediondo; a ausência de fundamentação do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça; a impossibilidade de aumento da pena em um sexto, por não revelar a espécie crime continuado; a incoerência de ter-se progressão no regime de cumprimento da pena em se tratando de crime de tortura e não se lograr o mesmo na espécie. Requer a absolvição e, assim não se concluindo, a redução da pena e a progressão no regime de cumprimento.

O parecer da Procuradoria Geral da República foi no sentido do indeferimento da ordem e o julgamento realizado pelo Pleno do STF, foi realizado no dia 23 de fevereiro de 2006. Agora, analisaremos em síntese, o voto de cada um dos ministros.

Início pelo voto do relator do HC em comento, o Ministro Marco Aurélio, pelo que peço vênha para transcrever suas principais idéias e argumentos arvorados em seu voto: inicialmente, afirma ser necessário para a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, que ao condenado se dê a esperança, mesmo que mínima, de passar a cumprir a pena em regime menos rigoroso, e que a enumeração de tipos penais pelo legislador ordinário, sem

avaliar a subjetividade de quem o praticou fere o princípio da individualização da pena, aduzindo ainda, *in verbis*:

Preceitua o parágrafo em exame que nos crimes hediondos definidos no artigo 1º da citada Lei, ou seja, nos de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, genocídio, tortura, tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e, ainda, terrorismo, a pena será cumprida integralmente em regime fechado. No particular, contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sócio psicológicas que lhe são próprias, mas de episódio criminoso no qual, por isto ou por aquilo, acabaram por se envolver. Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade impar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.

Defende, ainda, o festejado ministro, que ao momento da fixação da possibilidade ou não da progressão, ao invés de vedá-la abruptamente, em razão da lei dos crimes hediondos, deve-se observar as condições pessoais do próprio réu, dentre as quais exsurgem o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, alfim, os próprios fatores subjetivos que desaguaram na prática delituosa. Por fim, aduz a derrogação da vedação à progressão de regimes pela Lei nº 9.455/97 (Lei da Tortura), a qual permitiu a progressão de regime aos condenados por esse tipo de delito, informando que quando duas leis infraconstitucionais, no espaço próprio que a Constituição confere-lhes dispor, dispõem diferentemente sobre tratamento que a Constituição quer comum e idêntico às situações - infrações penais - que expressa, há de prevalecer a disposição normativa mais favorável ao réu, sob pena violar-se o tratamento constitucional isonômico. Portanto, como se pode conceder progressão aos condenados por crime de tortura, pode-se conceder aos demais condenados por crimes hediondos ou assemelhados. Votando, portanto, a favor da declaração de inconstitucionalidade do disposto no parágrafo 1º do Art. 2º da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Agora, trago a lume o voto do Ministro Carlos Velloso, que defende, *in verbis*:

A Lei 8.072/90, ao estabelecer a obrigatoriedade do regime fechado, em nada prejudica a individualização da pena, procedida de acordo com as regras do art. 59 do Código Penal.

Se o juiz fixou a pena atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à condutasocial, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, não se pode negar que individualizou a pena. O fato de não ter podido, livremente, fixar o regime inicial, por força de lei, não caracteriza inconstitucionalidade. A Lei 8.072/90 estabeleceu, apenas, exceção à regra do § 2º do art. 33 do Cód. Penal.'

Por esses argumentos, votou o Ministro pelo indeferimento do **writ**.

Em seguida, trago a colação o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, que, acompanhando o voto do Ministro Marco Aurélio, votou pelo deferimento da ordem, aduzindo que:

No tocante à inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, acompanho o eminente Ministro Marco Aurélio. A Constituição, quando tratou da individualização da pena, o fez depois de falar sobre os crimes hediondos, e se o regime de execução da pena é integralmente fechado, parece-me que teremos a hediondez desse regime. Ou seja, o Estado estará praticando a Lei de Talião: olho por olho, dente por dente.

Por isso, Ministro Marco Aurélio, eu o acompanho inclusive por outro tipo de consideração. O Direito é cada vez mais permeado daquela técnica de convencimento dos seus destinatários, que Norberto Bobbio chama de "sanção premial", quer dizer, um direito que acena cada vez mais com promessas de recompensa do que com ameaças de castigo. Isso se aplica também ao regime das execuções das penas. É possível estimular a conduta socialmente desejável, com mais eficácia, pelo prêmio ou pela recompensa, do que desestimular a conduta socialmente indesejável pelo castigo. Então, filosoficamente e com base no princípio constitucional da individualização da pena, defiro a ordem.

O Ministro Joaquim Barbosa, acompanhando o Ministro Carlos Velloso, votou pelo indeferimento do HC, sustentando a plena constitucionalidade da vedação à progressão de regime prevista na Lei dos Crimes Hediondos.

O Ministro Cezar Peluso, acompanhou o Relator e votou pelo cancelamento *ex officio* do aumento da pena do Art. 226, III, do Código Penal.

O Ministro Gilmar Mendes, em longo e comentado voto, manifestou-se pela concessão do **writ**, lançando inicialmente o seguinte questionamento:

É de se indagar se o legislador poderia, tendo em vista a natureza do delito, prescrever, como o fez na espécie, que a pena privativa de liberdade seria cumprida integralmente em regime fechado, isto é, se na autorização para intervenção no âmbito de proteção desse direito está implícita a possibilidade de eliminar qualquer progressividade na execução da pena.

Anota ainda, o sábio ministro, sobre a incoerência de a lei ordinária, no caso em comento a Lei nº 8.072/90, vedar a progressão de regime para os condenados, mas permitir aos mesmos o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, indagando-se sobre a situação em que ficaria a ressocialização do apenado, que, após cumprir boa parte da pena em regime integralmente fechado, recebe, abruptamente, a liberdade, sendo como que “lançado” ao seio da sociedade, sem ter passado pelas diversas etapas necessárias a sua recuperação, afirmando que o modelo adotado pela Lei dos Crimes Hediondos faz *tabula rasa* do direito à individualização no que concerne à esses crimes. Ainda sobre o direito à individualização, assevera que não é difícil perceber que fixação *in abstracto* desse semelhante modelo, sem permitir que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização, retira qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Ela passa a ser uma delegação em branco oferecida ao legislador, que tudo poderá fazer. Se assim se entender, tem-se a completa descaracterização de uma garantia fundamental.

Empós tais argumentos e outras construções lógicas, acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, a serem posteriormente neste trabalho analisados, votou o Ministro Gilmar Mendes pela concessão do **writ**.

Em argumentação lógica e coerente, posiciona-se a Ministra Ellen Gracie contra a concessão da medida, posto que discorda da tese de inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena, peço agora vênha para transcrever as sábias palavras do voto em comento:

A individualização, porém, não se esgota no título executivo penal. Ela prossegue na fase executória, visto que a pena será cumprida em estabelecimentos penais distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. É o que dispõe a Constituição, no seu artigo 5º, inciso XLVIII. Ao longo da execução, serão também observados procedimentos disciplinares previstos em legislação específica. E, aqui, novamente, a individualidade do apenado determinará o curso da execução. É difícil, portanto, admitir, dentro desse grande complexo de normas que constituem o arcabouço do instituto da individualização da pena e de sua execução, que a restrição na aplicação de uma única dessas normas, por opção de política criminal,

possa afetar todo o instituto. E mais, que possa essa restrição representar afronta à norma constitucional que instituiu a individualização da pena, ou seja, imaginar que o todo ficaria contaminado porque uma determinada parcela foi objeto de restrição. Por isso, com a devida vênia, não considero eivada de inconstitucionalidade a norma que restringiu a aplicação da regra da progressividade no regime prisional.

O Ministro Eros Grau, acolhendo os argumentos trazidos a baila pelo Ministro Gilmar Mendes, vota pela concessão da medida, posto que, conforme defende, a mesma fere o princípio da individualização da pena, ressalta, ainda, o caráter cruel e desumano do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Transcrevo agora, parte do voto proferido pelo eminente jurista Eros Grau, durante os debates do HC em tela:

É o que atualmente se verifica. Tenho que, ao menos atualmente, a lei de 1.990 entra em testilhas com o disposto no artigo 5º, XLVI [individualização da pena], no artigo 1º, III [dignidade da pessoa humana] e no artigo 5º, XLVII, e [proibição da imposição de penas cruéis] da Constituição do Brasil. No que tange à proibição da progressão de regime nos crimes hediondos, afronta o princípio da individualização da pena [art. 5º, XLVI], direcionado ao legislador, que não pode impor regra fixa que impeça o julgador de individualizar, segundo sua avaliação, caso a caso, a pena do condenado que tenha praticado qualquer dos crimes relacionados como hediondos. Considere-se ainda a vedação da imposição de penas cruéis [art. 5º, XLVII, e] e o respeito à dignidade da pessoa humana [art. 1º, III], sendo também certo que o cumprimento da pena em regime integral, por ser cruel e desumano, importa violação a esses preceitos constitucionais. De outra banda, a lei possibilita, objetivamente, a progressão de regime aos condenados pelo crime de tortura. Acaso seria, esse delito, de menor gravidade em relação aos demais arrolados no artigo 1º da Lei 8.072/90?

O Ministro Celso de Mello, acompanhando os votos dos ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, votou pela plena constitucionalidade do parágrafo 1º do Art. 2º, da Lei nº 8.072/90, visando indeferir o pedido de *habeas corpus*. Em sua argumentação, afirma que a determinação legal do cumprimento da pena em regime integralmente fechado, longe de transgredir o princípio da individualização da pena, respeita plenamente os comandos constitucionais insculpidos no Art. 5º da Carta Magna.

Assevera, ainda, que o legislador, a quem se dirige a normatividade do princípio da individualização da pena, fixou em abstrato, a partir de juízo de discricionariedade que é peculiar aos membros do Congresso Nacional, e em razão da maior gravidade objetiva dos ilícitos referidos pela Lei nº 8.072/90, fixou a vedação à progressão de regime de modo inteiramente legítimo e em consonância com os comandos constitucionais.

Trago agora a argumentação do Ministro Celso de Mello ao proferir seu voto, que pela lógica e coerência deve necessariamente ser *in verbis* transcrito:

A escolha legislativa a que procedeu o Estado brasileiro mostra-se adequada à exigência de rigor que deriva do próprio texto constitucional e cujas prescrições justificam, plenamente, o tratamento penal mais gravoso dispensado aos delitos hediondos e aos crimes a estes equiparados.

Na realidade, a cláusula legal que impõe o cumprimento da execução da pena em regime integralmente fechado revela-se impregnada de racionalidade, cuja justificação – presentes os critérios constitucionais que legitimam reação estatal e tratamento penal mais rigorosos nos casos previstos no art. 5º, XLIII, da Carta Política – resulta da necessidade de o Estado estabelecer mecanismos diferenciados de repressão à criminalidade violenta, cuja perpetração põe em risco valores fundamentais que estruturam a própria organização social, além de produzir, considerada a sua eficácia altamente desestabilizadora, conseqüências socialmente destruturantes e profundamente lesivas à segurança dos cidadãos.

Tais fatores viabilizam o exercício, pelo Estado, de seu poder de conformação legislativa, legitimando, em conseqüência, as formulações normativas de disciplina penitenciária de caráter mais restritivo, cujo regramento reflete, na verdade, diretrizes de política criminal delineadas pelo próprio texto constitucional, ajustando-se, por isso mesmo, ao postulado da individualização penal.

O Ministro Sepúlveda Pertence, em voto sucinto, defendeu a concessão da ordem de habeas corpus, posicionando-se pela inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime, tal qual formulado pela Lei dos Crimes Hediondos. Agora, transcrevo o principal trecho do voto em comento:

Individualização da pena, Sr. Presidente, enquanto as palavras puderem exprimir idéias, é a operação que tem em vista o agente, e não a natureza do delito: em razão dessa última, o que se dimensiona é a cominação abstrata da escala de sanções.

Estou convencido de que esvazia e torna ilusório o imperativo constitucional da individualização da pena a interpretação que lhe reduza o alcance ao momento da aplicação judicial da pena, e dele faça abstração no momento da execução. De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação se a execução, em razão da natureza do crime, fará a pena idêntica, segundo os critérios da individualização, significar coisas absolutamente diversas.”

Por fim, votou Nelson Jobim pela denegação da ordem de habeas corpus, baseando-se nos mesmos argumentos trazidos à colação pela Ministra Ellen Gracie.

Como efeitos atribuídos ao deferimento da ordem de *habeas corpus*, temos que foi declarada “*incidenter tantum*” a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do Art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente (Ministro Nelson Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de 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.

Convém ainda ressaltar o caráter político da decisão de atribuir-se efeitos *ex nunc* a tal declaração, posto que, a mais fértil das mentes seria incapaz de imaginar a “*enxurrada*” de ações indenizatórias a serem interpostas contra o Estado, pelo entendimento de que os que já haviam cumprido a pena em regime integralmente fechado haviam sido lesados em seus direitos individuais, especialmente à garantia constitucional à individualização da pena.

3.2 A mutação constitucional

A mutação constitucional, defendida com maestria por Gilmar Ferreira Mendes, em seu artigo “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, nada mais é do que uma espécie de reforma constitucional, sem alteração de texto, mudando-se somente à interpretação da norma, objeto da reforma. Sendo, portanto, um processo de reforma informal da Constituição, através do qual são dados novos sentidos aos dispositivos, novas interpretações, até então desconhecidos da *lex maior*.

Essas mudanças informais, desorganizadas e difusas, nascem da necessidade de adaptar os preceitos constitucionais aos casos concretos.

Baseados nessa teoria, surgem novas doutrinas, fundadas principalmente nas idéias de Gilmar Mendes defendidas no já referido artigo, sendo criado um divisor de águas entre o que é chamada teoria de controle de constitucionalidade clássico, conforme exaustivamente já estudado nesse trabalho monográfico e a nova doutrina de controle, através da qual o

Supremo Tribunal Federal, respeitando a cláusula de reserva de plenário, pode declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo no julgamento de um caso concreto e dar efeito *erga omnes* à referida decisão, dispensando-se a necessidade de que seja editada resolução do Senado para que a execução do dispositivo declarado inconstitucional seja suspensa.

A respeito da mutação constitucional, interessantes são as palavras de Larenz, que desse modo se posiciona:

De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, freqüentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se ‘ajustar’ às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; **o que no momento da gênese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar.** Mas, uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem *toda* a modificação de relações acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma. Existe a princípio, ao invés, uma relação de tensão que só impele a uma solução - por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito - quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser ‘evidente’.” (LARENZ, Karl, 1997, p. 495). [grifo nosso]

Tal entendimento é esposado principalmente pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, sendo que até o presente momento, os outros ministros do STF ainda não se manifestaram sobre o assunto.

3.3 A repercussão geral da matéria

Ora, segundo a tese esposada pelo STF, a concessão de efeitos *erga omnes*, mesmo em decisões em sede de controle difuso, pode dar-se em virtude da chamada repercussão geral, de que pode ser dotado referido assunto em exame. Para ter tal repercussão, necessária a presença de alguns requisitos, que são a decisão ser capaz de influir concretamente e de maneira generalizada em um grande número de casos, ser capaz de unir e aperfeiçoar o direito, ter imediata importância jurídica ou econômica para o círculo mais amplo de pessoas

e para mais extenso território da vida pública e, por fim, a consequência de necessitar o legislador intervir para corrigir o ordenamento ou suprimir-lhe as lacunas.

A repercussão geral da matéria, como pré-requisito para apreciação da mesma pelo STF, está expressamente descrita no texto constitucional no Art. 102, parágrafo 3º:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§3º No recurso extraordinário o **recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso**, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [grifo nosso].

Entende-se, portanto, que em casos especiais de controle de constitucionalidade em sede de controle difuso, presentes as condições, que são exatamente a repercussão geral do assunto e a necessidade de aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, poderá ser dado efeito *erga omnes* às decisões em sede de controle difuso.

3.4 Efeito *inter partes* ou *erga omnes*, a possibilidade de concessão de efeitos gerais a uma decisão em sede de caso concreto

A doutrina constitucional clássica, sempre estabeleceu um divisor de águas entre o controle concentrado, através de suas ações diretas e o controle difuso, examinando casos pontuais, ou seja, concretos. Ao primeiro conferia-se sempre efeitos *erga omnes* e normalmente *ex tunc*, posto que, por deliberação do próprio plenário do STF, chamada de modulação dos efeitos temporais, pelo voto de dois terços dos seus membros podia ser conferido efeito *ex nunc* a uma decisão ou até mesmo pró-futuro, pelo qual o STF fixa um momento posterior para o qual a inconstitucionalidade passa a valer. Ao segundo conferia-se sempre efeitos *inter partes*, ou seja, só se aplicava as partes envolvidas no litígio, permanecendo o ato normativo impugnado em plena vigência para as outras pessoas, alheias ao processo. Tal efeito poderia ser estendido, no caso da edição de uma resolução do Senado, nos termos do Art. 52, X, da Carta Cidadã, passando-se então o ato a possuir efeito contra todos e efeito *ex nunc*.

Essa breve exposição, mostra como era o controle de constitucionalidade pátrio até recentemente, antes das inovações trazidas pelo STF, principalmente, as da lavra do Ministro Gilmar Mendes, que em seu voto no julgamento do HC tema do presente estudo, assim manifestou-se sobre os efeitos da decisão que julgou inconstitucional a vedação à progressão de regimes:

Que a reconheceu, porém, com eficácia ex nunc, não ex tunc (para frente, não para trás ? nesse ponto invocou-se como base legal o art. 27 da Lei 9.868/1997, que é instrumento típico do controle concentrado). Afastou-se o óbice legal para a progressão de regime nos crimes hediondos, entretanto, daqui para frente. Por que eficácia só ex nunc? Porque dessa forma qualquer pessoa que tenha sido condenada e que já tenha cumprido pena em regime integralmente fechado não conta com o direito de postular qualquer indenização contra o Estado.

As mencionadas novas idéias no parágrafo anterior, tiveram nascedouro no Recurso Extraordinário (RE 197.917-SP), o qual delimitou o número de vereadores que cada município (no caso em tela uma das partes era o município de Mira Estrela em São Paulo) deveria ter em sua câmara municipal. Aproveitando-se de tal decisão, o STF deu efeito vinculante e contra todos à referida decisão e, do mesmo modo, operou a modulação dos referidos efeitos, determinando, sem prejuízo aos vereadores já diplomados, que a partir das próximas eleições fosse respeitada a proporção do número de vereadores determinada pela Carta Magna.

Trago agora a colação o conteúdo do informativo jurisprudencial nº 417, de lavra do Supremo Tribunal Federal, tais informativos contém resumos sucintos das decisões tomadas, sendo a infra transcrita relacionada ao tema do presente estudo monográfico, posto que se refere exatamente ao Habeas Corpus nº 82.959-7, ou seja, os efeitos de tal decisão e o momento a partir do qual os mesmos passariam a ser eficazes.

Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Considerou-se, ademais, ter havido derrogação tácita do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 pela Lei 9.455/97, que dispõe sobre os crimes de tortura, haja vista ser norma mais benéfica, já que permite, pelo § 7º do seu art. 1º, a progressividade do regime de cumprimento da pena. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim

Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que **a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, já que a 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”. [grifo nosso].

3.5 Entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto - o controle difuso abstrativizado

A despeito de a doutrina clássica considerar que a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso não ter eficácia *erga omnes*, mas tão somente, *inter partes*, trago ao presente estudo, as palavras de Luiz Flávio Gomes, que comenta a nova conotação dado à apreciação da constitucionalidade nos casos concretos.

[..]esse assunto está ganhando uma nova dimensão dentro do STF e é bem provável que chegaremos em breve à conclusão de que, em alguns casos, do controle difuso de constitucionalidade deve também emanar eficácia *erga omnes* e vinculante (o fenômeno já está recebendo o nome de controle difuso abstrativizado, consoante expressão de Fredie Didier Júnior - "Transformações do recurso extraordinário". Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 104-121).

A conclusão a que se chega, destarte, é a de que, apesar da inexistência de norma explícita, o julgamento de inconstitucionalidade de um texto legal, pelo STF, na prática, mesmo quando se dá num caso concreto, no que diz respeito à sua “validade”, acaba produzindo efeitos *erga omnes* e possui eficácia vinculante, sobretudo frente ao Poder Judiciário.

Tal efeito tem sido chamado de objetivação do processo subjetivo ou abstrativização do controle difuso, pelo qual o STF pode conferir ao controle difuso efeitos semelhantes aos conferidos ao controle abstrato.

O cerne da defesa dessas idéias consiste em que o STF, por ser guardião da Constituição Federal, pode dar a última palavra em interpretação. E tal autoridade deve ser observada também no controle difuso, visto que, sua função não é resolver casos concretos, mas guardar a Constituição.

Ao analisar o Habeas Corpus tema central desse trabalho monográfico, ou seja o HC nº 82.959-7, o STF, através dos votos de seus ministros que já foram anteriormente trazidos à colação nesse trabalho, deixou claro que não julgava especificamente o paciente, mas sim faziam uma análise em abstrato da Lei de Crimes Hediondos, posto que cabe ao juiz da execução decidir se cabe ao condenado o direito ou não à progressão de regime, e ao STF caberia analisar a constitucionalidade da vedação à progressão de regime em conflito com o princípio constitucional da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.

Após referido *decisium*, o Supremo conferiu efeito erga omnes e vinculante à decisão. Importante notar, a respeito da gravidade de tal declaração, o caso de um juiz do Acre, na comarca de Rio Branco, que entendendo não poder ser conferido efeitos para todos em uma decisão em sede de controle difuso, aplicou a vedação a progressão de regime, em um de seus julgados. Dessa decisão, foi feita a Reclamação nº 4.335-5 ACRE, junto ao STF, que até o momento atual, ainda não foi examinada, tendo como relator o Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Também entende o STF que a partir do seu novo entendimento, houve mutação constitucional em relação ao Art. 52, X, da Carta Magna:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Agora, de acordo com a teste esposada por nossa Corte Constitucional, cabe ao Senado não mais suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF, posto que isso pode ser feito pelo próprio tribunal, mas somente dar publicidade a referida decisão, não dependendo dessa publicidade a eficácia vinculante e contra todos.

Isso tudo advindo de uma tendência à objetivação do processo subjetivo constitucional, esposada pelo STF fruto de uma influência americana, de deixar que no Brasil exista uma

corte eminentemente constitucional que não se detenha na apreciação de casos pontuais, mas de repercussão maior, visando sanar a legislação infra constitucional, evitando a apreciação de casos parecidos.

Pode-se notar inclusive, através dos votos que vêm sendo proferidos por Gilmar Mendes em seus recentes julgados, o desejo do mesmo em conferir a todas as decisões que possuem repercussão geral em sede de controle difuso, efeito *erga omnes* e vinculante. No chamado efeito transcendente dos motivos determinantes.

4 RESPOSTA LEGISLATIVA À DECISÃO DO SUPREMO EM SEDE DO HC 82.959-7

O Congresso Nacional através de seus deputados, representantes do povo e senadores, representantes dos Estados, não fechou os olhos ao clamor social e popular por penas mais duras e maior rigor na aplicação legal. Tais desejos, nutridos pela maior parte do povo brasileiro, foram desrespeitados pela decisão do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar o HC em comento, declarou a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime, em perfeita contramão dos anseios populares. Não se está sendo defendida nessas linhas, o embrutecimento do Estado através da aplicação de penas desumanas ou desproporcionais, apenas que dada a violência que bate à porta de todo brasileiro, seja contemplada a necessidade de um dos efeitos da pena, exatamente o efeito incapacitante, pelo qual, enquanto o transgressor estiver recolhido ao cárcere, a sociedade terá alívio, posto que o mesmo não poderá cometer delitos durante o período, pelo menos em tese, visto que, pela entrada de telefones celulares nos presídios, até mesmo os condenados ordenam ações criminosas, fazem extorsão via telefone, exigindo quantia de pessoas, sob o argumento falacioso de ter seqüestrado um de seus familiares.

Sem a vedação à progressão, após o cumprimento de um sexto da pena e a demonstração de bom comportamento carcerário, pode obter o condenado, a juízo do juiz de execuções penais, progressão para o regime semi-aberto de cumprimento de pena. Nesse contexto, para evitar a configuração da desmoralização do Estado, no quesito cumprimento de pena, veio à lume a Lei nº 11.464/07.

4.1 Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007

Publicada na edição extra do Diário Oficial da União de 29 de março de 2007, veio dar nova redação ao parágrafo único do Art. 2º da lei de crimes hediondos. Como já destacado por diversas vezes no referido estudo, tal dispositivo foi retirado do ordenamento jurídico pátrio pela decisão do Supremo Tribunal Federal, sendo que em substituição ao dispositivo inconstitucional, foi editada a seguinte lei:

Art. 1º O art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º *omissis*.

II - fiança.

§ 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.

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.” (NR)

Como pode ser aduzir, dada a clareza do texto legal, a partir do momento em que entrou em vigor, os que praticarem e forem condenados por crimes hediondos, sendo primários terão direito à progressão após 2/5 (dois quintos) das penas. Para os reincidentes, a progressão poderá ser concedida após o cumprimento de 3/5 (três quintos da pena).

4.2 Possíveis efeitos sobre a aplicação da pena no Brasil

Ao ser declarada a inconstitucionalidade do disposto no parágrafo 2º do Art. 1º da Lei de Crimes Hediondos, criou-se aos condenados pela prática de crimes hediondos ou assemelhados o direito de, caso cumpridas as demais exigências, a apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente (juiz de execuções penais), a concessão da progressão de pena para regime menos gravoso de cumprimento da pena. Para todos os condenados ou que já haviam cometido o crime até a data da promulgação da Lei nº 11.464/07, foi criado o direito à progressão de regime após o cumprimento de um sexto da pena, posto que quando foi retida a norma especial aplicável ao caso (parágrafo 2º do Art. 1º da Lei de Crimes Hediondos), passou a valer a norma geral, prevista na LEP.

Após a entrada em vigor da nova norma, os crimes cometidos após essa data, terão seu cumprimento regido pelo novo dispositivo, que não pode retroagir para prejudicar os condenados, por tratar-se de *novatio legis in pejus*. Todos os crimes cometidos antes de sua vigência, por terem passado um tempo no vácuo jurídico da lei de crimes hediondos, passaram a ser regidos pela LEP, com sua previsão mais benéfica para os regimes de cumprimento da pena.

CONCLUSÃO

Essa inovação, com certeza, causará um alívio à superlotação dos presídios nos quais são cumpridas as penas em regime fechado, posto que, muitos condenados por crimes hediondos ganharam a progressão e, em pouco tempo, sua liberdade. Caberá ao futuro demonstrar se tal fato causará aumento nos índices de violência, posto que, como se sabe e não é segredo a ninguém, a prisão, nos moldes em que é praticada no Brasil, não conduz à ressocialização do condenado, e, em alguns casos, serve para torná-lo ainda mais violento e nocivo à vida em comunidade.

CONCLUSÃO

Após a análise de todos esses institutos, do estudo de caso do *Habeas Corpus* n° 82.959-7/SP, e do novo entendimento esposado pelo STF sobre o controle difuso de constitucionalidade, resta pensar sobre o sistema jurídico brasileiro, que a despeito de ser romano-germânico, adotou um modelo de controle típico do *common law*.

Inicialmente, tinha por plena convicção a carência de lógica de tais idéias, baseando-me principalmente em dois argumentos. O primeiro é que o sistema de controle de constitucionalidade, ao prever diversos tipos de controle abstrato, entre eles a ADI genérica, ADI por omissão, ADC e ADPF, demonstra serem esses os instrumentos idôneos para o controle de constitucionalidade com efeitos *erga omnes*. Por outro lado, o controle difuso tinha por objetivo primordial afastar a aplicação de uma norma ou ato normativo inconstitucional que prejudicava os direitos subjetivos das partes, então, de uma hora para outra, todo o sistema é imiscuído com a atribuição de efeitos contra todos para uma decisão que só deveria ter efeitos para as partes, esse entendimento dá vazão a uma falta de lógica, residente em uma pergunta, qual a necessidade, então, da ADI e demais ações diretas, se em um caso concreto perante o STF pode ser declarada a inconstitucionalidade contra todos?

A segunda consideração é de que se o Art. 52, X, da Constituição Federal afirma competir ao Supremo Tribunal Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva e pensar no brocardo jurídico de que não existem palavras desnecessárias ou fúteis no texto legal, quando a Carta Cidadã deu essa prerrogativa ao Senado era para o último exercê-la discricionariamente, o que o STF fez foi tomar para si tal prerrogativa, em afronta ao Art. 2º da Carta Magna, que *in verbis* dispõe: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Outro ponto importante a se considerar é o de que o entendimento defendido pelo STF de que, em virtude da mutação constitucional, só cabe agora ao Senado dar publicidade às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF em sede de controle difuso, é rebaixar o Senado Federal a um mero órgão publicador, função essa que, por sinal, já é desempenhada pelo Diário Oficial da União.

Em defesa da posição tomada pelo STF, temos que é a função precípua do mesmo a guarda da Constituição, o que inclui também a palavra final sobre a interpretação dos dispositivos constitucionais. Ora, se o Supremo é a mais alta corte constitucional do país e decidiu pela mudança, pela concessão de efeitos gerais e vinculantes à algumas decisões do controle difuso, recorrer-se-á a quem? Só resta esperar que tal mudança demonstre-se salutar ao ordenamento jurídico pátrio e dê a tão esperada efetividade da prestação jurisdicional, visto que agora a mesma é um direito fundamental, incluído no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Resta-nos esperar pela manifestação das grandes vozes dos doutrinadores do Direito Constitucional para formar o entendimento sobre o melhoramento ou prejuízo trazido ao ordenamento jurídico brasileiro pelo novo sistema de controle de constitucionalidade, posto que o que é a voz de um estudante graduando, quando pode-se ouvir a magnitude do escólio de Paulo Bonavides?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANSCHÜTZ, *Verhandlungen des 34. Juristentags: Deutschen Juristentags*. Berlin e Leipzig, 1927, v. II.
- BARROS LEAL, César. *Prisão: crepúsculo de uma era*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 6. ed. Brasília: OAB editora, 2004.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lammego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Direito penal, estado e constituição*. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em 15 abr. 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. Atlas: São Paulo, 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PACHECO, J. E. de Carvalho. *Habeas corpus*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 1983.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 21. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

WAMBIER, Teresa. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Introdução.....	01
1 O controle de constitucionalidade.....	04
1.1 Conceito de controle de constitucionalidade.....	06
1.2 Pressupostos ou requisitos de constitucionalidade das espécies normativas.....	07
1.3 Controle preventivo.....	08
1.4 Controle repressivo	08
1.4.1 Controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário	09
1.4.2 Controle difuso.....	10
1.4.2.1 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no sistema de controle difuso constitucional clássico.....	12
1.4.3 Controle concentrado	13
2 Regimes de cumprimento da pena.....	19
2.1 Regime fechado.....	20
2.2 Regime semi-aberto.....	21
2.3 Regime aberto.....	21
2.4 Vedação à progressão: Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.....	23
3 Considerações sobre o habeas corpus.....	25
3.1 Estudo de caso habeas corpus 82.959-7 e os seus efeitos.....	28
3.2 A mutação constitucional.....	35
3.3 A repercussão geral da matéria.....	36

3.4 Efeito <i>inter partes</i> ou <i>erga omnes</i> , a possibilidade de concessão de efeitos gerais a uma decisão em sede de caso concreto.....	37
3.5 Entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto – o controle difuso abstrativizado.....	39
4 Resposta legislativa à decisão do Supremo Tribunal Federal em sede do HC nº 82.959-7..	42
4.1 Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007.....	43
4.2 Possíveis efeitos sobre a aplicação da pena no Brasil.....	43
Conclusão.....	45
Referências bibliográficas.....	47
Índice sistemático.....	49