

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 Da retroatividade benéfica da Lei nº 11.464/2007 quanto à progressão de regime prisional e da impossibilidade de equiparação dos efeitos do controle de constitucionalidade difuso e concentrado

Renata Soares Machado Guimarães de Abreu

Oficiala do Ministério Público lotada na 2ª Promotoria
de Justiça da Comarca de Itaúna

Bacharela em Direito pela Universidade de Itaúna

Pós-graduada em Direito Público pela

Universidade Cândido Mendes

Pós-graduada em Direito Constitucional e Administrativo pela
Associação Nacional dos Magistrados Estaduais - ANAMAGES



Desde a publicação da Lei nº 11.464/2007, em 28 de março de 2007, a qual alterou alguns dispositivos da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), muito se discute acerca de sua aplicabilidade a crimes cometidos antes de sua entrada em vigor no que diz respeito à progressão de regime prisional.

Isso porque a redação original do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 previa, para essa espécie de delitos, o regime integralmente fechado, vedando-se peremptoriamente a progressão. Tal dispositivo recebeu sérios ataques da doutrina brasileira que, coberta de razão, considerava-o inconstitucional por ferir frontalmente o princípio constitucional da individualização da pena.

Diante disso, o referido dispositivo foi atacado através do *Habeas Corpus* nº 82.959, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu sua inconstitucionalidade determinando que se aplicassem os requisitos para progressão previstos no artigo 112 da Lei de Execuções Penais (LEP) (Lei nº 7.210/84), quais sejam, mérito carcerário (requisito subjetivo) e cumprimento de um sexto da pena (requisito objetivo).

Estabelecido esse contexto, passou-se a sufragar no STF o entendimento no sentido de que uma vez que a Lei nº 8.072/90 havia sido declarada inconstitucional, não poderia ela servir como parâmetro para aferição de retroatividade benéfica ou maléfica em relação à novel legislação (Lei nº 11.464/2007). Ou seja: já que a Lei nº 11.464/2007 prevê,

como requisito objetivo para a progressão de regime, o cumprimento de dois quintos (para primários) ou três quintos da pena (para reincidentes), tomando-se como referência o requisito objetivo para progressão previsto na LEP (apenas um sexto), seria aquela lei maléfica e, portanto, irretroagível.

Ora, a grande questão é que, mesmo diante dos louváveis argumentos contrários à integralidade do regime fechado na redação original da Lei nº 8.072/90, certo é que esta **nunca foi formalmente declarada inconstitucional com efeitos para todos**. Isso porque a decisão do Pretório Excelso no mencionado HC nº 82.959 foi proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, tendo, portanto, somente efeitos *inter partes*.

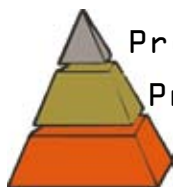
Para que se afigurasse o efeito *erga omnes*, seria necessária a intervenção do Senado Federal que, de forma discricionária, poderia suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional, no controle difuso, pelo Supremo (artigo 52, inciso X, Constituição Federal de 1988), ou então que a própria Suprema Corte resolvesse a questão através do controle concentrado (ação direta de inconstitucionalidade) que, decerto, não ocorreu.

Pode-se ir mais além: a Súmula nº 698 do STF, segundo a qual a possibilidade de concessão de progressão de regime em crime de tortura não se estende aos demais crimes hediondos, nunca foi cancelada, o que nos leva a ter a certeza de que jamais existiu a declaração de inconstitucionalidade, com efeitos para todos, do referido dispositivo da Lei nº 8.072/90, em sua redação original (repita-se: mesmo diante dos louváveis argumentos doutrinários em contrário).

Assim, tendo em vista que tal Diploma não permitia qualquer progressão e não foi declarado inconstitucional com efeitos *erga omnes*, é perfeitamente possível realizar um confronto entre ele e a posterior Lei nº 11.464/2007, chegando-se à conclusão de que a segunda é mais favorável por permitir um benefício doravante vedado.

Infelizmente, a questão dos crimes hediondos veio a espelhar uma tendência atual do Supremo, encabeçada pelo Ministro Gilmar Mendes, de tornar abstratos os efeitos do controle difuso, equiparando-os aos efeitos do controle concentrado, ou seja, admitindo-se a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões por ele proferidas, em controle incidental de constitucionalidade, sem que fosse necessária a participação do Senado Federal para suspender a eficácia do ato normativo declarado inconstitucional.

Isso pode ser observado claramente na Reclamação nº 4.335-5/AC, cujo relator, o próprio Ministro Gilmar Mendes, sob o argumento de estar diante de caso de “mutação constitucional”, afirma ser possível a equiparação dos efeitos de ambos os sistemas de controle. Segundo, ainda, o Ministro, o papel do Senado seria apenas o de dar publicidade às decisões emanadas do controle difuso, já que elas, por si sós,



já poderiam ter eficácia para todos.

Tal entendimento é ferrenhamente combatido por Streck e outros (2007), em brilhante artigo, no qual explicitam que não seria esse o caso de mutação constitucional, na medida em que constituiria a substituição do Poder Constituinte pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, seria, na verdade, não a atribuição de uma norma a um texto, mas sim a substituição de um texto por outro texto (construído pelo STF). Assim, segundo o Ministro Eros Grau (concorde com o Ministro Gilmar Mendes), a redação do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal deveria ser: “Compete privativamente ao Senado Federal **dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal** de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte por decisão definitiva do Supremo”.

Dessa forma, a atuação do Senado seria reduzida à mera condição de um “diário oficial” do Supremo, retirando, portanto, do processo de controle difuso, qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição. Muito pelo contrário: o artigo 52, inciso X, da Carta da República foi introduzido pelo poder constituinte originário porque o Senado, como espaço de representação política, é o único organismo da Federação sobre o qual poderia recair a autoridade para suspensão de instrumentos normativos oriundos de outros entes da federação (Estados, Distrito Federal e Municípios) em razão da solidificada sistemática de controle de constitucionalidade a inadmitir controle concentrado de espécie normativa municipal diretamente no STF.

Outra perplexidade que advém da famigerada tese de atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso é referente à lesão

a direitos fundamentais. Isso porque aqueles que não tiveram garantidos seus direitos constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório também seriam atingidos pela decisão proferida.

O problema criado por essa verdadeira salada de efeitos entre as diferentes formas de controle de constitucionalidade é tão grave que chega a afrontar princípios básicos de hermenêutica constitucional. Ou seja: o Supremo, intérprete máximo da Constituição, subverte o esquema organizatório-funcional por ela própria estabelecido, impedindo a alteração de repartições de funções entre os poderes. Joga-se, pois, por terra, o princípio da justeza ou conformidade constitucional, o qual, segundo Canotilho (1996) visa, exatamente, a preservar a função que foi atribuída, pela Carta Magna, a cada poder.

Num Estado Democrático de Direito, o Supremo Tribunal Federal tem de fazer com que a Constituição seja crível, e não estabelecer direções, “corrigindo” o texto constitucional, sob pena de tornar-se um poder constituinte permanente e ilegítimo.

Referências bibliográficas:

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1996.

STRECK, Lenio Luiz et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 11, n. 1498, ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 18 dez. 2008.