

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA PROGRESSÃO DE REGIME DOS CRIMES HEDIONDOS

Priscila Saito POLIDO¹
Sérgio Tibiriçá AMARAL²

RESUMO: O controle de constitucionalidade é o instituto encarregado da “guarda da constituição”. Que tem como função principal controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos, verificando sua correspondência com a norma constitucional. Assim, é utilizado para evitar que ingresse ou permaneça no ordenamento jurídico norma contrária ao texto da Constituição. Nosso ordenamento jurídico adota tanto o controle difuso como o concentrado de constitucionalidade. Pelo controle difuso tem-se o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo por qualquer componente do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, diante da apreciação de um caso concreto, tendo a decisão eficácia apenas para as partes do processo e *ex tunc*. O controle abstrato tem como objetivo retirar do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo contrário à Constituição. Portanto, esse é realizado em uma ação cuja finalidade é o exame da validade da lei, cuja decisão tem efeito *erga omnes* e, em regra, *ex tunc*. O artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, em sua redação anterior, vedava a progressão de regime aos condenados pela prática desses crimes. Ao ser suscitada a inconstitucionalidade desse artigo em um caso concreto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade. Contudo, tal decisão, apesar de proferida em um controle difuso, teve eficácia *erga omnes*. Assim, uma mudança na posição do STF que julgou de forma abstrata em um caso concreto. Fenômeno este que tem sido denominado como “controle difuso abstratizado”.

Palavras-chave: Constituição, controle de constitucionalidade, controle difuso, controle concentrado, progressão de regime.

¹ Discente do curso de Direito e pesquisadora bolsista do projeto de iniciação científica das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, de Presidente Prudente.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, de Presidente Prudente.

1. CONSTITUIÇÃO

1.1. Conceito

Constituição é definida por José Afonso da Silva como (2001, p. 37):

Um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Para Maria Helena Diniz, Constituição é (2003, p. 09):

A lei fundamental do país, que contém normas alusivas à organização básica do Estado, ao reconhecimento e à garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, às formas, aos limites e às competências do exercício do Poder Público.

E ainda, ensina Canotilho como o chamado conceito ideal de constituição (MORAES apud CANOTILHO, 2005, p. 02):

Este conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados políticos-liberais, considerando-os como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um *sistema de garantias da liberdade* (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através do parlamento); (b) a constituição contém o *princípio da divisão de poderes*, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estatais; (c) a constituição deve ser *escrita* (documento escrito).

1.2. Supremacia da Norma Constitucional

A supremacia constitucional preceitua que, as normas constitucionais põem-se hierarquicamente acima das demais normas jurídicas, determinando, assim, a superioridade da constituição.

Isso pressupõe a existência de um escalonamento normativo. Uma vez que a Constituição ocupa a hierarquia normativa, estabelecerá as regras de forma e conteúdo que deverão ser seguidas pelo legislador na elaboração das normas.

De acordo com Maria Helena Diniz: “a supremacia da Constituição se justificaria para manter a estabilidade social, bem como a imutabilidade relativa de seus preceitos” (2003, p. 15).

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. Conceito

Para preservar a essência e os princípios da Constituição, se faz necessário a existência de um instituto encarregado da “guarda da constituição”, o denominado controle de constitucionalidade. Que tem como função principal controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos, verificando sua correspondência com a norma constitucional³.

Assim, é utilizado para evitar que ingresse ou permaneça no ordenamento jurídico norma contrária ao texto da Constituição.

O controle de constitucionalidade é definido por Maria Helena Diniz como (2003, p. 15):

O controle de constitucionalidade significa impedir a subsistência da eficácia da norma contrária à Constituição, pressupondo, necessariamente, a idéia de supremacia constitucional, pois na existência de um escalonamento normativo, onde é a Constituição a norma-origem, encontra o legislador o seu limite, devendo obedecer à forma prevista e ao conteúdo anteposto. Por isso, ato normativo contrário ao texto constitucional será considerado presumidamente constitucional até que por meio de mecanismos previstos constitucionalmente declare sua inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a retirada de sua eficácia, ou executoriedade.

³ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

2.2. Pressupostos

A contrariedade da norma infraconstitucional com o disposto na Constituição pode ocorrer de duas formas: com a inobservância do devido processo legal em sua elaboração, a chamada inconstitucionalidade formal; ou com a incompatibilidade material da norma infraconstitucional com a Magna Carta, a inconstitucionalidade material.

2.2.1. Inconstitucionalidade formal

Incidirá no vício da inconstitucionalidade formal, a lei ou ato normativo que “violou dispositivos constitucionais relativos à sua elaboração e vigência, ou que estabelecer a competência do órgão que emana” (TEIXEIRA, 1991, p. 385).

Ainda de acordo com o mesmo autor (TEIXEIRA, 1991, p. 385):

Diz-se que uma lei é formalmente inconstitucional quando não forem observados todos os requisitos, todas as exigências que a Constituição estabelece para a sua elaboração, isto é, para que (...), se possa considerar genuinamente uma lei, ou ainda quando o ente ou o órgão, do qual emana, ora incompetente, frente aos dispositivos da Constituição. A inconstitucionalidade formal pode resultar, portanto, seja de vício de elaboração, seja de vício de incompetência, em face das normas constitucionais.

2.2.2. Inconstitucionalidade material

A inconstitucionalidade material advém da incompatibilidade do conteúdo da lei ou ato normativo com o texto constitucional.

José Horácio Meirelles Teixeira define a inconstitucionalidade formal como (1991, p. 389):

Esta se caracteriza quando a lei, pelo seu próprio conteúdo, isto é, em si mesma considerada, pelo sentido de seus mandamentos, pelos valores que encarna, pelos comportamentos que ordena ou proíbe, se mostra adversa, contraditória ou infringente da Constituição, quer dos seus dispositivos expressos, quer dos princípios e direitos nela implicitamente consagrados.

2.3 Espécies de Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade poderá ocorrer em dois momentos: no curso do processo de elaboração, tendo se o controle de constitucionalidade preventivo; ou durante a vigência da norma contrária com a Constituição, o controle de constitucionalidade repressivo.

2.3.1 Controle preventivo

O Controle preventivo de constitucionalidade busca evitar que uma lei ou ato normativo inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico. O que é realizado sempre dentro do processo legislativo.

Em nosso ordenamento, pode se vislumbrar duas hipóteses de controle preventivo: pelo Poder Legislativo com as comissões de constituição e justiça; e pelo Poder Executivo com o veto jurídico.

As comissões de constituição e justiça, previstas no artigo 58 da Constituição Federal, têm como função “analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentados com o texto da Constituição Federal” (MORAES, 2005, p. 632).

O veto jurídico, previsto no artigo 66, § 1º, da Constituição Federal, possibilita a participação do Presidente da República no processo legislativo. Uma vez que, ele poderá vetar o projeto de lei que entenda inconstitucional, após ter sido aprovado pelo Congresso Nacional.

2.3.2 Controle repressivo

O controle repressivo de constitucionalidade busca retirar do ordenamento com vigência e eficácia, editada em contrariedade com a Constituição. Sendo realizado pelo Poder Judiciário, após provocado.

2.3.2.1 Controle difuso

O Controle difuso de constitucionalidade é também denominado de: incidental, por via de exceção, por via de defesa, concreto ou indireto.

Por esta forma de controle, tem-se o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo por qualquer componente do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, diante da apreciação de um caso concreto.

Assim, leva-se ao Poder Judiciário a discussão de uma relação jurídica qualquer, em que se suscita a dúvida sobre a constitucionalidade de uma norma relacionada à lide. Dessa forma, surge a necessidade de o juiz ou tribunal apreciar constitucionalidade da norma para, então, poder proferir sua decisão no processo. Ao apreciar a constitucionalidade, o Poder Judiciário estará realizando o controle difuso.

Nesse sentido, os doutrinadores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino ensinam que (2006, p. 38):

É fácil notar, pois, que, no controle difuso, quando o autor da ação procura a tutela do Poder Judiciário, sua preocupação inicial não é com a inconstitucionalidade da lei em si. Seu objetivo é a tutela de um determinado direito concreto, que esteja sofrendo lesão ou ameaça de lesão por alguém (a outra parte na ação). A constitucionalidade só é apreciada porque esse direito pretendido envolve a aplicação de uma lei, e essa lei é inquinada de inconstitucional pela parte que pretende vê-la afastada.

Então, sendo argüida a inconstitucionalidade da norma, o juiz, para reconhecer ou negar o direito do autor, vê-se obrigado a examinar a questão de constitucionalidade suscitada. Por isso se diz que no controle difuso o objeto da ação não é a constitucionalidade em si, mas sim uma relação jurídica concreta.

Os legitimados para suscitar uma controvérsia constitucional diante de um caso concreto são: as partes do processo; o representante do Ministério Público, quando atuar no processo; e o juiz ou tribunal, de ofício.

A decisão da constitucionalidade da norma no caso concreto proferida pelo Poder Judiciário só alcança as partes do processo (eficácia *inter partes*) e, em regra, gera efeito retroativo (*ex tunc*).

Portanto, a decisão da inconstitucionalidade pronunciada por qualquer órgão do Poder Judiciário, limita-se ao caso concreto em que o incidente foi suscitado, fazendo coisa julgada somente entre as partes do processo. E ainda, essa eficácia “opera retroativamente em relação ao caso que deu motivo à decisão (e, repita-se, só em relação a este), fulminando a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento” (PAULO, 2006, p. 45).

2.3.2.1.1 Senado Federal no controle difuso

A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma aplicada em um caso concreto, só terá eficácia para as partes do processo, mesmo proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2006, p. 47):

Para evitar que outros interessados, amanhã, tenham que recorrer também ao Judiciário, para obter a mesma decisão, atribuiu-se ao Senado federal a faculdade de suspender o ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo eficácia geral (*erga omnes*) à decisão dessa corte.

Declarada definitivamente a inconstitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle difuso, a decisão é comunicada ao Senado Federal para que este, entendendo conveniente, suspenda a execução da lei, conferindo eficácia *erga omnes* à decisão da Corte Suprema, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal.

Em regra, a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal gera efeitos somente a partir da edição do ato de suspensão (efeitos proativos, prospectivos ou *ex nunc*).

2.3.2.2 Controle concentrado

O controle concentrado de constitucionalidade é também denominado de controle *in abstracto*, controle direto, controle por via de ação, controle por via principal, controle *em tese*.

O controle abstrato é exercido sem a vinculação a uma situação concreta, tendo como objetivo retirar do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo contrário à Constituição. Portanto, o controle é realizado em uma ação cuja finalidade é o exame da validade da lei.

Nesse diapasão, ensina Alexandre de Moraes (2005, p. 655):

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidade da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

A declaração da inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação.

As espécies de controle concentrado contempladas por nossa Constituição Federal são: ação direta de inconstitucionalidade genérica; ação direta de inconstitucionalidade interventiva; ação direta de inconstitucionalidade por omissão; ação declaratória de constitucionalidade; e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Os legitimados para propor o referido controle, estão elencados no rol do artigo 103, da Constituição Federal. Sendo que a competência para conhecer e julgar o controle abstrato é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Alexandre de Moraes assim dispõe sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato (2005, p. 677):

Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde a sua origem, o ato declarado inconstitucional,

juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*)

3. PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS

3.1 Progressão de Regime

O artigo 33 do Código Penal, estabelece que as penas privativas de liberdade devem ser executadas de forma progressiva. Assim, o condenado deverá passar, de forma gradativa, de um regime mais rigoroso para um regime mais brando, de acordo com mérito próprio, e após ter cumprido um sexto da pena no regime anterior. E tem como objetivo, a ressocialização do apenado.

3.2 Crimes Hediondos

A Lei 8.072/90, no artigo 1º, definiu o que se deve considerar por crime hediondo, são eles: homicídio (art. 121, CP), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV e V, CP); latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*, CP); extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º, CP); extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, CP); estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, CP); atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, CP); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º, CP); falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput*, e § 1º, § 1º A, § 1º B, CP); e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º, da Lei 2889/56). Define ainda, no artigo 2º, *caput*, os crimes equiparados ao

hediondo, quais sejam: tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

3.3 Progressão de Regime nos Crimes Hediondos

O artigo 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8072/90), em sua antiga redação, estabelecia que a pena cominada a esses crimes deveria ser cumprida integralmente em regime fechado, ou seja, vedava a progressão de regime para as penas aplicadas aos condenados por crimes hediondo ou equiparados.

Contudo, com a nova redação desse artigo, trazida pela Lei 11.464/07, estabelece, no § 2º, a possibilidade de progressão de regime, no caso dos condenados por crimes hediondos, após o cumprimento de dois quintos da pena, se o apenado for primário, e de três quintos, se reincidente.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA VEDAÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS

Desde a vigência da primeira redação do artigo 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos, em que vedava de forma expressa a progressão de regime aos condenados pela prática desses crimes, este artigo tem sido criticado.

Muitos doutrinadores alegavam sua inconstitucionalidade, argumentando, principalmente, que feria o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Contudo, com o HC 82.959-7, por seis votos contra cinco, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no dia 23 de fevereiro de 2006, pela inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 2º, da Lei 8072/90. Decisão esta que não concedeu a progressão de regime no caso concreto, no entanto, removeu o obstáculo legal que impedia que se analisasse a progressão de regime em crimes hediondos.

Um aspecto relevante dessa decisão é que, o STF reconheceu a referida inconstitucionalidade em um caso concreto, logo, realizou o controle difuso de constitucionalidade. Assim, a decisão deveria alcançar apenas as partes do processo, ter eficácia *inter partes*, entretanto, teve efeito *erga omnes*, ou seja, para todos. Equiparando os efeitos do controle difuso aos do controle concentrado

Isso muda toda a ótica dos controles difuso e concentrado, acima analisados, sem contudo extingui-los. O que ocorreu, e está ocorrendo, é uma mudança na posição do STF que julgou de forma abstrata em um caso concreto. Fenômeno este que tem sido denominado como “abstratização do controle difuso de constitucionalidade” ou “controle difuso abstratizado”.

Entretanto, esse novo posicionamento do STF está sendo alvo de críticas, que alegam principalmente que: reduz as atribuições do Senado Federal, pois exclui a função prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, conferindo-lhe apenas a prerrogativa de tornar pública a decisão do STF; fere os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal), pois atinge aquelas pessoas que não tiveram participação no processo que acarretou à decisão.

Ademais, argumentam que a Constituição fez a distinção entre os controles difuso e concentrado, portanto, não há de se falar em estender os efeitos do controle concentrado ao controle difuso, de forma automática. Pois se isso fosse possível, não haveria motivos para a diferenciação.

De qualquer forma, esse é um novo panorama que tem sido adotado pelo STF, e deve ser melhor analisado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade de leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTA FILHO, Sylvio Comente da. **Controle de constitucionalidade: uma abordagem jurisprudencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PAULO, Vicente. **Controle de constitucionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral: arts 1º a 120**. 3 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999**. 2. ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.