

**A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE
COMO INSTRUMENTO PARA A EFETIVA APLICAÇÃO
DO REGIME INTEGRAL FECHADO NOS CRIMES
HEDIONDOS E EQUIPARADOS**

**Eduardo Coral Viegas e
Gílson Borguedulff Medeiros**

Promotores de Justiça

INTRODUÇÃO

Os profissionais que atuam na área criminal têm debatido acerca da constitucionalidade da fixação do regime de cumprimento da pena integralmente fechado nos delitos hediondos e equiparados^{1,2,3}.

Diante de posicionamentos diversos dos órgãos jurisdicionais, constata-se verdadeira insegurança jurídica quanto aos jurisdicionados, a ponto de se temer pela ordem no interior do sistema carcerário, isso em virtude de tratamento diferenciado dado aos condenados pela prática de crimes hediondos quando da fixação do regime prisional, a ofender o princípio da isonomia no cumprimento da sanção. Em alguns casos, quando da execução da pena, verificou-se verdadeira ofensa à coisa julgada ao ser alterado o referido regime⁴.

Não se pode olvidar, ainda, dos reflexos de ordem burocrática e econômica decorrentes do processamento de inúmeros recursos que objetivam a aplicação do regime integralmente fechado.

Em tal contexto, evidencia-se serem afetados diversos interesses

¹ Previsto no artigo 2o, par. 1o, da Lei 8.072/90.

² Adotar-se-á, a partir de então e ao longo do texto, a expressão *crimes hediondos* para abranger também os delitos equiparados aos hediondos pela Constituição Federal e pela Lei Ordinária, por questão de técnica redacional.

³ Os crimes equiparados aos hediondos estão previstos no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, e no art. 2º da Lei nº 8.072/90, sendo eles a prática de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo.

⁴ Art. 5o, XXXVI, da CF.

(da sociedade, dos apenados, dos julgadores, dos advogados, dos promotores de justiça, da administração prisional, dentre outros) intrinsecamente ligados à coerência do sistema positivo e o próprio Estado de Direito.

Considerando a relevância de tal debate e seus efeitos, há uma solução adequada, dada pela legislação pátria: a ação declaratória de constitucionalidade, cuja decisão, *erga omnes* e de efeito vinculante, afasta os efeitos deletérios decorrentes do descumprimento da lei.

A seguir, são traçados alguns apontamentos que visam propor solução eficaz para a questão.

CRIMES HEDIONDOS: CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO

A) CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 2º DA LEI 8.072/90: UMA QUESTÃO SUPERADA.

A partir da introdução da Lei nº 8.072/90 em nosso sistema jurídico-penal, conhecida como *Lei dos Crimes Hediondos*, os operadores do Direito começaram a discutir a constitucionalidade do § 1º de seu art. 2º⁵, que determina o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta aos crimes hediondos⁶ no regime integralmente fechado.

Alguns doutrinadores passaram a sustentar que a vedação da progressão de regime viola, em especial, o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Carta Magna⁷.

LUIZ FLÁVIO GOMES, em sua obra "Estudos de Direito Penal e Processo Penal"⁸, entende que "A introdução no sistema penal brasileiro do regime 'integral' fechado (*Lei dos Crimes Hediondos*) foi um dos

⁵ "Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

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

⁶ Crimes hediondos são aqueles elencados pelo art. 1º da Lei nº 8.072/90.

⁷ "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

"XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:"

⁸ São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 129.

maiores equívocos já ocorrido: primeiro porque não havia autorização constitucional para isso (resultando violado o princípio da individualização da pena);...”, elencando ainda outros argumentos não baseados na inconstitucionalidade para endossar sua tese.

Segundo a mesma esteira, ALBERTO SILVA FRANCO e outros, na obra “Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial”⁹, aduz que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 lesa, *“ao mesmo tempo, tanto o princípio constitucional da individualização da pena, como também, o princípio, igualmente constitucional, da humanidade da pena.”*

De outro lado, respeitáveis juristas não visualizaram qualquer ofensa constitucional na previsão normativa do regime integralmente fechado, restando evidenciado, desse modo, o conflito de posições.

JULIO FABBRINI MIRABETE, no livro “Execução Penal. Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84”¹⁰, ressalta que *“Não ofende o referido dispositivo o princípio constitucional de individualização da pena, estabelecido pelo art. 5º, XLVI, da Carta Magna, já que a lei considerou tão graves tais delitos que os seus autores devem ser considerados de periculosidade ímpar, a merecer segregação mais severa.”*

Os tribunais pátrios têm enfrentado a mesma questão ao decidir casos concretos, havendo julgados nos dois sentidos.

Para bem evidenciar a dissensão, anote-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por seu 1º Grupo Criminal, decidiu, em 26/09/97, que *“O art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos ofende o princípio constitucional da individualização da pena.”*¹¹, enquanto o 2º Grupo Criminal, em 09/10/98, assentou que *“A Lei nº 8.072/90, ao estabelecer o regime integralmente fechado para cumprimento da pena por crime de estupro, não violou o princípio da individualização da pena, não sendo, portanto, inconstitucional, conforme já entendeu, inúmeras vezes, a Excelsa Corte, no exame da matéria de sua exclusiva competência.”*¹²

Nesse contexto, que conduz a uma série de efeitos nefastos, como

⁹ São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 5ª ed, 1995, p. 426

¹⁰ São Paulo, Editora Atlas, 8ª ed, 1997, p. 261.

¹¹ RJTJRS 191/72.

¹² RJTJRS 192/210.

será visto adiante, a matéria foi submetida ao exame dos tribunais superiores.

O Superior Tribunal de Justiça, em que pese já tenha reconhecido, minoritariamente, a inaplicabilidade do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos por entendê-la inconstitucional¹³, posiciona-se atualmente no sentido da constitucionalidade do dispositivo legal, inclusive afirmando que a Lei nº 9.455/97, que permite a progressão de regime para o crime de tortura¹⁴, não se aplica aos demais crimes hediondos.

Por oportuno, merecem transcrição duas ementas recentes da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, únicas competentes para processar e julgar os feitos relativos a matéria penal, na forma dos arts. 2º, § 4º, e 9º, § 3º, I, do seu Regimento Interno:

“EXECUÇÃO PENAL - ESTUPRO COM VIOLÊNCIA REAL - CRIME HEDIONDO - PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL - IMPOSSIBILIDADE.

“Nos delitos previstos na Lei de Crimes Hediondos o regime de cumprimento de pena é o fechado, vedada a progressão. A Lei 9.455/97, refere-se, exclusivamente, à prática de tortura, não se estendendo aos demais delitos previstos na Lei 8.072/90. No caso, o réu foi condenado pela prática de estupro real com a prática de violência e grave ameaça (utilizou-se de uma faca e de uma espingarda). Precedentes. Recurso conhecido e provido para determinar que o cumprimento da pena seja em regime integralmente fechado.”¹⁵

“PENAL. HABEAS-CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME PRISIONAL. PROGRESSÃO. CRIMES HEDIONDOS. LEI Nº 8.072/90. ATAQUE A ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. FUNDAMENTO. QUESTÃO NÃO APRECIADA NO JULGAMENTO. NÃO CONHECIMENTO.

“Este Superior Tribunal de Justiça, alinhado ao pensamento predominante do Supremo Tribunal Federal, consolidou, majoritariamente, o entendimento de que a Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que prevê o regime

¹³ RE 19.420-0; Rel. Min. Vicente Cernicchiaro; DJU de 07/06/93, p. 11.276.

¹⁴ Lei nº 9.455/97, § 7º do art. 1º, *verbis*: “O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.”

¹⁵ 5ª Turma, Resp. 271491/RS, Min. Jorge Scartezini, DJ de 04/06/2001, p. 00224.

fechado integral para os chamados crimes hediondos.

“Em sede de habeas-corpus originário, impetrado contra acórdão que nega provimento a recurso de apelação, os fundamentos da impetração devem situar-se no campo das questões apreciadas no julgamento impugnado.

“Se as razões em que se fundam a pretensão deduzida no ‘writ’ não foram objeto de debate e pronunciamento no acórdão impugnado, o mesmo não pode ser conhecido.

“Habeas-corpus parcialmente conhecido e denegado.”¹⁶

Por derradeiro, o Supremo Tribunal Federal, que tem a significativa tarefa de preservar a incolumidade da Constituição¹⁷, orienta-se, pacificamente, no sentido da constitucionalidade da fixação do regime integralmente fechado.

O Tribunal Pleno da Corte Constitucional, em 18/12/92, em decisão que serviu de base para seus julgamentos posteriores, deliberou nos seguintes termos:

“EMENTA: ‘HABEAS-CORPUS’. CRIME HEDIONDO. Condenação por infração do art. 12, par. 2º, II, da Lei n. 6.368/76. Caracterização. REGIME PRISIONAL. Crimes hediondos. Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2º, par. 1º, da Lei 8.072/90. Alegação de ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade não caracterizada. INDIVIDUALIZACAO DA PENA. Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário. À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crime hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional. Ordem conhecida, mas indeferida.”¹⁸

Com o advento da Lei nº 9.455/97, novamente o Pleno do Supremo

¹⁶ 6ª Turma, Resp. 14926/SP, Min. Vicente Leal, DJ de 07/05/2001, p. 00161.

¹⁷ Lição de MICHEL TEMER, em sua obra “Elementos de Direito Constitucional” (São Paulo, Editora Malheiros, 14ª ed, 1998, p. 171).

¹⁸ HC 69.603/SP, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 23/04/93, pp. 06922.

Tribunal Federal veio a enfrentar a discussão em apreço, para, ratificando sua posição anterior, explicitar que a novel lei ordinária não atingiu outros crimes hediondos além da tortura, *verbis*:

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LATROCÍNIO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA: INTEGRALMENTE FECHADO. INAPLICABILIDADE DA LEI NO 9.455, DE 07.04.1997, À HIPÓTESE.

“1. A Lei nº 9.455, de 07.04.1997, no parágrafo 7º do art. 1º, estabeleceu que, nos casos de crime de tortura, o cumprimento da pena se inicie no regime fechado. 2. Tal norma não se aplica aos demais crimes hediondos, de que trata a Lei nº 8.072, de 26.7.1990 (art. 1º), e cuja pena se deve cumprir em regime integralmente fechado (art. 2º, parágrafo 1º), inclusive o de latrocínio, como é o caso dos autos. 3. Não há inconstitucionalidade na concessão de regime mais benigno, no cumprimento de pena, apenas inicialmente fechado, para o crime de tortura. E se inconstitucionalidade houvesse, nem por isso seria dado ao Poder Judiciário, a pretexto de isonomia, estender tal benefício aos demais crimes hediondos, pois estaria agindo, desse modo, como legislador positivo (e não negativo), usurpando, assim, a competência do Poder Legislativo, que fez sua opção política. 4. Por outro lado, já decidiu o Plenário do S.T.F, no julgamento do H.C. nº 69.657, que não é inconstitucional o parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quando impõe o regime integralmente fechado, no cumprimento de penas por crimes hediondos, nela definidos. 5. H.C. indeferido, por maioria, nos termos do voto do Relator.”¹⁹

Frente a esse entendimento, incessantemente reiterado pelo Supremo Tribunal Federal, era de se esperar dos demais órgãos jurisdicionais a aplicação irrestrita do disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, possibilitada a ressalva de posições pessoais em sentido contrário, tal como feito pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do HC 80.634/SP, em 13/03/2001²⁰.

Como bem referiu o Min. Marco Aurélio, *“A atividade monocrática ou em órgão fracionário, como é a Turma, faz-se sob a orientação jurisprudencial do Plenário, sob pena de a divergência intestina gerar*

¹⁹ HC 76.371/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 19/03/99, pp. 00010.

²⁰ Na mesma linha principiológica: HC 79.804/MS, julgado em 08/02/2000.

perplexidade dos jurisdicionados e descrédito para o órgão julgante tomado como um todo."²¹, ocasião em que, igualmente ao Min. Sepúlveda Pertence²², ressaltando sua posição pessoal, filiou-se ao entendimento da decisão plenária do STF, para denegar a ordem em habeas corpus que buscava a progressão de regime para paciente condenado pela prática de crime hediondo.

B) OFENDE A COISA JULGADA MATERIAL A PROGRESSÃO DE REGIME, NOS CRIMES HEDIONDOS, EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL, A DECISÃO QUE CONTRARIA O TÍTULO JUDICIAL CONSTITUÍDO.

A realidade forense vem demonstrando que alguns órgãos jurisdicionais, não raras vezes, concedem a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos, deixando de observar a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal forma de proceder é plenamente possível do ponto de vista jurídico, na medida em que, enquanto não declarada a constitucionalidade de determinada lei, pela Corte Suprema, em ação declaratória decorrente do controle concentrado de constitucionalidade, as decisões do Supremo Tribunal Federal não possuem efeito vinculante.

Essa situação, contudo, gera efeitos concretos extremamente negativos, como: a) a interposição de um número elevado de recursos ministeriais sobre o regime prisional, com aumento desnecessário do volume de serviço dos tribunais, inclusive dos tribunais superiores; b) gastos estatais desnecessários com o processamento dos aludidos recursos; c) retardamento na prestação jurisdicional, com prejuízo do princípio da eficiência; d) possibilidade de concessão da progressão de regime ao condenado enquanto não reformada a decisão atacada, permitida a fuga de presos condenados pelo cometimento de delitos *hediondos*; e) violação do princípio da isonomia, quando, por qualquer motivo, transita em julgado uma decisão que fixa o regime inicial fechado, criando uma situação inexplicável junto ao sistema carcerário, uma vez que pessoas condenadas pela prática do mesmo tipo penal receberão tratamento judicial diverso na fase da execução da pena; f) a impunidade, na medida em que, transitando em julgado a decisão

²¹ HC 73.193/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ de 08/03/96, p. 06215.

²² Os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio foram os dois únicos vencidos, no Tribunal Pleno, no julgamento do já mencionado HC 76.371/SP.

que possibilita a progressão, o apenado não cumprirá a sanção penal tal como prevista pela legislação pátria, cuja constitucionalidade é reconhecida pelo Tribunal que tem a função de velar pela Constituição; g) a ofensa ao interesse social – reconhecido pelos representantes do povo, que são os legisladores – de que aquele que comete crime mais grave e repugnante do ponto de vista social seja mais severamente punidos, na forma da lei.

Inobstante o afirmado acima, e também como já se disse, o quadro jurídico atual permite que o magistrado conceda a progressão de regime no ato sentencial, ou que o tribunal assim proceda em sede recursal.

Mas, o que realmente causa extrema preocupação e verdadeira insegurança e instabilidade jurídica é a concessão da progressão de regime, na fase de execução da pena, quando há decisão transitada em julgado estabelecendo o regime integralmente fechado, com inegável ofensa da coisa julgada material, princípio constitucional basilar do direito.

Efetivamente, sob o argumento de assegurar ao apenado o seu direito constitucional da individualização da pena, ou de aplicação da lei posterior mais benigna (referindo-se à Lei nº 9.455/97), alguns magistrados têm desconsiderado a coisa julgada²³, praticando, aí sim, verdadeiro ato de violação da Lei Maior.

Há três situações distintas que merecem diferenciação, como bem explicitado por SÉRGIO MAZINA MARTINS²⁴, que são: a) se a decisão condenatória silencia sobre a possibilidade de progressão do regime, incumbe ao juiz da execução o exame e decisão sobre a questão, permitindo, ou não, o benefício; b) se o título condenatório expressamente dispõe que o regime será o *inicial* fechado, a progressão é obrigatória, sob pena de ofensa à coisa julgada (nesse sentido: STF, HC nº 72.897-9/CE, Rel. Min. Maurício Correa; e STF, HC nº 73.649-1/RS, Rel. Min. Maurício Correa); e c) se *“o título condenatório dispõe que a pena será cumprida sob o regime fechado ou, ainda, que será ela integralmente cumprida sob o regime fechado: o juízo da execução não tem mais como questionar a constitucionalidade da vedação legal de progressão, devendo extinguir eventuais pedidos que assim lhe*

²³ Cláusula pétrea na esfera constitucional, prevista no art. 5º, XXXVI, da CF/88. Nesse sentido: TJRGS, AGR nº 70001252105, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Nilo Wolff, julgado em 06/09/2000.

²⁴ Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 20/431.

forem apresentados sem o julgamento de seu mérito, por esbarrem no óbice da coisa julgada material, podendo a Defesa, por sua vez, apenas visar a desconstituição da coisa julgada material pelos caminhos próprios.”

Não é outro o entendimento predominante da jurisprudência a respeito da ofensa à coisa julgada material quando o juiz da execução permite a progressão vedada pelo título condenatório.

Nesse sentido, transcrevem-se, pela ordem, uma ementa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e outra do Superior Tribunal de Justiça:

“Agravado em execução criminal. Réu condenado por crime hediondo. Progressão. Impossibilidade. Tendo sido fixado, no ato sentencial, que o regime de cumprimento da pena seria o integralmente fechado, não há o que se falar em progressão, sob pena de estar-se ferindo o instituto da coisa julgada. Não é o juiz da execução criminal quem deve estabelecer o regime de cumprimento da pena. Lei dos crimes hediondos. Constitucionalidade. Além disto, conforme pacífica orientação jurisprudencial, a lei nº 8072/90 não é inconstitucional, agravo a que se nega provimento.”²⁵

“PROCESSO PENAL. CRIMES HEDIONDOS. REGIME PRISIONAL. COISA JULGADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

“1. Os condenados pela prática de crimes hediondos deverão cumprir integralmente a pena em regime fechado (Lei 8.072/90, Art. 2º, § 1º). 2. Não cabe ao juiz singular, na execução, rever a possibilidade progressão do regime quando já transitada em julgado a sentença. Violação à coisa julgada material bem demonstrada, através do confronto analítico de julgados. 3. Recurso Especial conhecido e provido.”²⁶

Se a sentença condenatória não acarretasse a coisa julgada material quanto ao regime integralmente fechado para os crimes hediondos, qual seria a razão de se travar a discussão no processo de conhecimento, por vezes com recursos até os tribunais superiores? Se inócuo fosse o debate, por ser possibilitada ao juiz da execução a concessão da

²⁵ TJRS, AGR nº 70000195438, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Domingues Guimarães Ribeiro, julgado em 14/10/1999.

²⁶ STJ, 5ª Turma, RESP nº 207406/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 28/06/99.

progressão, não faltaria interesse jurídico ao recurso, com o seu não-conhecimento pelos tribunais?

É certo, de acordo com o entendimento predominante da jurisprudência, que ofende a coisa julgada a decisão que concede a progressão, em sede de execução, com inobservância do título condenatório. Mas, mesmo assim, várias decisões têm sido proferidas nesse sentido, causando instabilidade e insegurança jurídica, e acarretando aquilo que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul denominou em uma oportunidade de *anarquia*²⁷.

Por tudo isso, é imperativo que se busque uma decisão judicial que reconheça a constitucionalidade do disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, mas que, além disso, produza eficácia contra todos e efeito vinculante. E é justamente o que ora é proposto, como será adiante analisado.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: SOLUÇÃO PARA O DESCUMPRIMENTO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

A) ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE.

A lei, por sua própria natureza, é presumidamente constitucional, dispensando tal demonstração, salvo nas hipóteses em que, seja por controle direto ou difuso, tenha reconhecida sua inconstitucionalidade, ou, diante de relevante controvérsia, seja

²⁷ No corpo do acórdão lavrado nos autos do HC nº 698 422 656, em 19/11/98, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, composta pelos Des. José Domingues Guimarães Ribeiro, José Eugênio Tedesco e Marco Antônio Barbosa, assim se pronunciou: *“Saliente-se que está se tornando praxe os juízes de primeiro grau não cumprirem a legislação vigente, sequer dispensando uma linha sobre as razões de tal descumprimento. Esta situação está se tornando anárquica, como a do presente feito, onde a decisão do processo de conhecimento fixou o cumprimento da pena em regime fechado, conforme a Lei dos Crimes Hediondos. Houve recurso, tendo este tribunal mantido, na íntegra, a decisão. Apesar disso, em singella decisão. Com poucas linhas e sem nenhuma análise sobre a vedação legal de ser concedida a progressão, assim como por estar tornando papel sem nenhum valor tanto a decisão de primeiro grau, quanto o julgamento deste Tribunal, o Magistrado da vara das execuções da Capital, concedeu a progressão de regime. **A anarquia precisa terminar.** O voto é no sentido de denegar a ordem e comunicar o descumprimento da decisão deste Tribunal ao Egrégio Conselho da Magistratura.”*

necessário o ajuizamento de demanda declaratória daquele estado de regularidade com a Carta Magna.

A Lei Maior, no seu artigo 101, inciso I, estabeleceu que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda constitucional, cabendo-lhe processar e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (alínea “a”)²⁸, possuindo legitimidade para propositura de tal ação o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República²⁹.

Por sua vez, a Lei 9.868/99³⁰ dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, destacando, dentre seus requisitos, **a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória**³¹.

Assim, não é qualquer dispositivo que poderá ter declarada sua harmonia com a Constituição Federal pela Corte Constitucional, mas somente aquele que gerar efetivo e verdadeiro debate judicial – não mero debate provocado por questionamentos jurídicos elementares ou envolvendo decisões isoladas – cuja solução é importante em termos nacionais, para assegurar-se a manutenção do próprio Estado de Direito.

NELSON OSCAR DE SOUZA anota: “A nova ação visa a cortar cerce a insegurança jurídica. Visa a obviar o ajuizamento de milhares e milhares de pleitos judiciais envolvendo uma mesma matéria perante centenas de magistrados e suas conflitantes decisões. Decisões sujeitas a reiterados recursos perante variados tribunais inferiores até que, anos depois, se alcance o pronunciamento definitivo da mesma Suprema Corte.” E, adiante: “Em suma: o bom senso político está a indicar a utilização da medida apenas em questões altamente controvertidas juridicamente e passíveis de gerar verdadeira corrida aos tribunais”³².

Por sua vez, GILMAR FERREIRA MENDES, quanto à ação

²⁸ Alínea “a” com redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, DOU de 18.03.1993, em vigor desde sua publicação.

²⁹ CF, artigo 101, § 4º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 3/93. Nesse sentido: Ag. Reg. em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 2/SP, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Carlos Velloso j. 07.08.1997, DJU 26.09.97, p. 47.480.

³⁰ Publicado no DOU de 11.11.1999, quando passou a vigor, nos termos de seu artigo 31.

³¹ Artigo 14, inciso III.

³² Em artigo denominado “A Inconstitucionalidade”, Revista da AJURIS - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul nº 70, julho/97, página 125, *apud*. Coletânea Doutrinária, CD, Plenum Informática.

declaratória de constitucionalidade, refere a necessidade de situação concreta para sua propositura, isto é, a efetiva existência de controvérsia ou dúvida – estado de incerteza – relevante quanto à legitimidade da norma³³.

Não se poderia exigir menos, diante da presunção de constitucionalidade das normas e da relevância das atividades do Supremo Tribunal Federal, visto que é uma oportunidade em que este exerce, cada vez mais efetivamente, como detentor de parte do poder estatal, o direcionamento da interpretação judicial das normas, diante dos efeitos oriundos do reconhecimento da constitucionalidade, como já ocorreu³⁴.

B) EFEITOS DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE.

Uma vez declarada a constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal, sua eficácia é *erga omnes* e, obrigatoriamente, sob pena de responsabilização, possui efeito vinculante, inclusive quanto ao Poder Judiciário, ou seja, a decisão deve ser atendida, aplicando-se a norma (constitucional) no caso concreto, quando da prolação de uma sentença, por exemplo³⁵. Os órgãos do Poder Executivo também estarão obrigados ao acatamento da decisão. Ademais, produz efeitos *ex tunc*, diante da natureza declaratória da decisão.

³³ *In Ação Declaratória de Constitucionalidade*, Coordenação Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, Saraiva, 1994, p. 86: “*A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição. Assim, se a jurisdição ordinária, através de diferentes órgãos, passa a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimadas, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o Supremo Tribunal para que ponha termo à controvérsia instaurada. Da mesma forma, pronunciamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais diversos sobre a legiuidade da norma poderão criar o estado de incerteza imprescindível para a instauração da ação declaratória de constitucionalidade.*”

³⁴ ADC - MC nº 4/DF, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Sydney Sanches. j. 11.02.98, DJU 21.05.99, p. 02, e ADC nº 1/DF, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Moreira Alves. j. 01.12.1993, DJU 16.06.95.

³⁵ O que restou reconhecido pelo próprio STF: “(...) 4. *As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F.*”

É que, seguindo diretriz constitucional³⁶, o artigo 28, Parágrafo único, da Lei 9.868/99, estabelece: “*A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal*”³⁷.

Ressalte-se, ainda, posição de CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO³⁸: “(...) *Em artigo que publiquei, anotei que algumas vezes se levantam contra essas medidas, argumentando que a eficácia ‘erga omnes’ e o efeito vinculante limitam o acesso à Justiça. O argumento não é procedente. O efeito vinculante, aliás, não tem sabor de novidade no sistema judicial norte-americano, que é dos mais eficientes. É que, em razão do ‘stare decisis - stare decisis et non quieta movere’ - acolhido no sistema do ‘common law’, estabelece a Corte o princípio legal aplicável a certo estado de fato. Estabelecido o princípio, será ele aplicado a todos os casos futuros em que os fatos forem substancialmente os mesmos. É dizer, no sistema judicial norte-americano, que garante aos indivíduos, de modo amplo, a tutela jurisdicional, todos os Tribunais estão vinculados às decisões da Suprema Corte, nos casos em que os fatos forem substancialmente iguais ao estado de fato em que a decisão da Suprema Corte foi tomada. Isso, sem dúvida, proporciona segurança jurídica.*”. E, adiante: “*A eficácia ‘erga omnes’ e o efeito vinculante vão impedir a eternização das demandas e, sobretudo, a repetição de recursos já decididos.*” (grifado).

Assim, diante do quadro inicialmente demonstrado, o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade apresenta-se como solução adequada à relevante controvérsia decorrente da inaplicação do que dispõe expressamente a Lei nº 8.072/90.

³⁶ Artigo 102, § 2, da CF: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

³⁷ Artigos 133, inciso I, do CPC, e 49 da LC 35/79.

³⁸ Ministro do STF, *in* Revista Direito Administrativo nº 212, abril-junho/98, página 7, *apud*. Coletânea Doutrinária, CD, Plenum Informática.

C) PROPOSIÇÃO.

O que se propõe, ao cabo, é conscientizar os operadores do direito a respeito da conveniência e oportunidade do ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, tendo por objeto o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, pois, a partir de então, a mobilização dos profissionais do Direito levará à sensibilização dos detentores de legitimidade ativa para a propositura da ação direta, em especial do Procurador-Geral da República, sem que se tenha qualquer receio sobre o resultado final da demanda, uma vez que a posição do Supremo Tribunal Federal é por demais conhecida a respeito da temática.

Com efeito, vigente há mais de uma década a lei especial comentada, e já travados incansáveis debates sobre sua constitucionalidade, é mais do que oportuna a iniciativa de qualquer dos legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade neste início de novo Século.

À evidência, os efeitos positivos serão muitos, relacionados ao afastamento dos problemas alhures especificados e à instauração de regularidade na aplicação do regime de cumprimento da pena e de sua execução, obtendo-se segurança jurídica sobre a matéria.

Para tanto, é fundamental o confronto de idéias sobre a providência proposta, essência da democracia e da própria justiça, cada operador ou entidade acrescentando idéias e melhoramentos, visto que não se tem a pretensão de, neste artigo, exaurir o assunto. Ao contrário, buscase incentivar positivamente a tomada de medidas efetivas, atitudes legais e processuais.

CONCLUSÕES.

À guisa de remate, pode-se extrair algumas conclusões, que comportam a seguinte sistematização:

a) a questão relacionada à constitucionalidade da imposição do regime integralmente fechado aos condenados pela prática de crimes hediondos está superada do ponto de vista da jurisprudência dos tribunais superiores, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, cortes estas que, em última instância, decidem a matéria, pois diz respeito à aplicação de lei federal e à conformidade desta com a Constituição Federal;

b) a reiteração de decisões inobservando o regime legalmente estabelecido para os crimes hediondos acarreta inúmeros efeitos negativos, tais como: um aumento desnecessário de serviço para o Ministério Público, advogados e, principalmente, para o Poder Judiciário, em razão dos recursos interpostos sobre o assunto; despesas infundadas com o processamento dos recursos aludidos; retardamento na prestação jurisdicional, em detrimento do princípio da eficiência; possibilidade de fuga de presos beneficiados provisoriamente com a progressão de regime; quebra do princípio da isonomia, decorrente da aplicação do regime integral fechado para alguns presos, e não para outros na mesma situação; impunidade parcial, já que a progressão implica no cumprimento da sanção penal em desconformidade com a lei pertinente, que é constitucional (segundo a Corte Constitucional do país) e mais rigorosa, por tratar de crimes mais graves; e ofensa ao interesse social, resultante da não-aplicação da lei, esta elaborada pelo povo, por intermédio de seus representantes;

c) ofende a coisa julgada material - princípio constitucional basilar do direito - a concessão da progressão de regime, na fase de execução da pena, quando há decisão transitada em julgado estabelecendo o regime integralmente fechado, causando extrema preocupação e verdadeira insegurança e instabilidade jurídica; e

d) a solução para o fim do descumprimento reiterado da Lei dos Crimes Hediondos passa, necessariamente, pela declaração da constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, em ação própria, denominada declaratória de constitucionalidade, já que, só então, a observância do dispositivo legal terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, inclusive possibilitando responsabilização frente ao descumprimento da decisão da Superior Instância.