

Supremo Tribunal Federal

17/5/2005

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 85.687-0 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. CARLOS VELLOSO**
PACIENTE(S) : EDUARDO DA ROSA SILVA
IMPETRANTE(S) : EDUARDO DA ROSA SILVA
COATOR(A/S) (ES) : PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. CRIME HEDIONDO. REGIME FECHADO. LEI 8.072/90, ART. 2º, § 1º. CONSTITUCIONALIDADE.

I. - A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (crime hediondo) deverá ser cumprida em regime fechado. Inocorrência de inconstitucionalidade. C.F., art. 5º, XLIII. Precedentes do STF: HC 69.657/SP, Rezek, RTJ 147/598; HC 69.603/SP, Brossard, RTJ 146/611; HC 69.377/MG, Velloso, "DJ" de 16.4.93; HC 76.991/MG, Velloso, "DJ" de 14.8.98; HC 81.421/SP, Néri, "DJ" de 15.3.02; HC 84.422/RS, Joaquim Barbosa, Relator para acórdão, julgado em 14.12.2004.

II. - HC indeferido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, **sob a Presidência** do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por votação majoritária, em indeferir** o pedido de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Gilmar Mendes, que o deferia. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 17 de maio de 2005.

CARLOS VELLOSO - RELATOR

Supremo Tribunal Federal

17/5/2005

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 85.687-0 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. CARLOS VELLOSO**
PACIENTE(S) : EDUARDO DA ROSA SILVA
IMPETRANTE(S) : EDUARDO DA ROSA SILVA
COATOR(A/S) (ES) : PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - Trata-se de **habeas corpus** impetrado por **EDUARDO DA ROSA SILVA**, em seu favor, da decisão da 5ª Turma do Eg. Superior Tribunal de Justiça que, examinando recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, decidiu que o paciente, condenado à pena de 22 (vinte e dois) anos de reclusão pela prática de **crime hediondo**, deve cumprir a **pena em regime integralmente fechado**, sendo, portanto, vedada a progressão do regime (Resp 341.646/RS).

Sustenta o impetrante que a matéria concernente à constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, não está pacificada, na medida em que se encontra sob apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959/SP, cujo julgamento ainda não terminou.

Pede a concessão do **writ** para o fim de reconhecer expressamente o direito à progressão de regime prisional.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Requisitadas informações, foram elas prestadas pelo Eminente Min. Edson Vidigal, Presidente do Eg. Superior Tribunal de Justiça, que encaminhou cópia do acórdão impugnado (fls. 27-31).

O Ministério Público Federal, pelo parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Delza Curvello Rocha, opina pelo sobrestamento do feito, até o julgamento do HC 82.959 (fls. 37-40).

É o relatório.

Supremo Tribunal Federal

17/5/2005

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 85.687-0 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** (Relator): Postula o impetrante, condenado por crime hediondo, a concessão da ordem, para que lhe seja assegurado o direito à progressão de regime prisional.

O **writ** é de ser indeferido. É que, não obstante ter sido afetado ao Plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento do HC 82.959/SP, prevalece a jurisprudência da Casa, no sentido de que a pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, deverá ser cumprida em regime fechado. No HC 76.991/MG, de que fui relator, decidi esta Turma:

"EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. REGIME FECHADO. LEI nº 8.072/90, ART. 2º, § 1º.

I. - A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (crime hediondo) deverá ser cumprida em regime fechado. Precedentes do STF.

II. - HC indeferido." ("DJ" de 14.8.98)

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Não foi outro o decidido pelo Supremo Tribunal, pelo seu Plenário, no HC 69.657/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, ficando assim ementado o acórdão:

"HABEAS CORPUS. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. PENA CUMPRIDA NECESSARIAMENTE EM REGIME FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º - § 1º DA LEI 8.072.

Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o artigo 2º - § 1º da Lei 8.072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma.

Habeas corpus indeferido por maioria." ("DJ" de 18.6.93)

Esta Segunda Turma, no julgamento do HC 81.421/SP, relatado pelo eminente Min. Néri da Silveira, decidiu:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. 2. Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. 3. Regime integralmente fechado para o cumprimento da pena. Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º. Constitucionalidade. 4. Habeas corpus indeferido." ("DJ" de 15.3.2002)

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Recentemente, na Sessão de 14.12.2004, esta Turma proferiu idêntica decisão ao julgar o HC 84.422/RS, Rel. para acórdão o eminente Ministro Joaquim Barbosa.

Do exposto, indefiro o **writ**.

Supremo Tribunal Federal

17/5/2005

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 85.687-0 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sr. Presidente,
invocando voto já proferido no HC 82.959-SP, em Sessão Plenária de
02/12/2004, defiro a ordem.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

TRIBUNAL PLENO

02/12/2004

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO

V O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

INTRODUÇÃO

Valho-me da síntese constante do voto do Min. Cezar Peluso, *verbis*:

"O paciente e impetrante foi acusado da prática do delito previsto no art. 214, cc. arts. 224, § 1º, I, 226, III, e 71, todos do Código Penal. Condenado, interpôs apelação, julgada pela 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que lhe deu parcial provimento para reduzir a pena a 12 anos e 3 meses de reclusão, mantido o regime integral fechado para o seu cumprimento (fls. 23).

Em writ impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça (HC nº 23.920), argumentou o impetrante que o crime pelo qual fora condenado não poderia ser considerado hediondo, já que dele não resultara lesão corporal grave nem morte, tendo sido praticado apenas com violência presumida. Sustentou, outrossim, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

8.072/90, que veda a progressão de regime, acrescentando, em alternativa, que tal norma teria sido revogada pela Lei n° 9.455/97.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça indeferiu a ordem nos termos do voto do e. Min. **VICENTE LEAL**, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INEXISTÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. ART. 2º, § 1º, LEI 8.072/90. CONSTITUCIONALIDADE. NÃO REVOGAÇÃO PELA LEI 9.455/97.

- A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas ou simples, ou seja, mesmo que deles não resulte lesão corporal grave ou morte, e ainda que praticados mediante violência presumida, são considerados hediondos devendo, as suas respectivas penas serem cumpridas em regime integralmente fechado, por aplicação do disposto no art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90.

- E na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, consolidou, majoritariamente, o entendimento de que a Lei n° 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que prevê o regime fechado integral para os chamados crimes hediondos.

- É firme o posicionamento desta Corte, em consonância com a jurisprudência do STF, no sentido da compatibilidade da norma do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal

- *Habeas-corpus* denegado.' (DJ de 17/02/2003).

É contra este v. acórdão que se insurge agora o impetrante, reclamando, conforme o relatório, que o ato deveria ser considerado obsceno, e não, atentado violento ao pudor; que a violência presumida contra menor de quatorze anos não qualifica o crime como hediondo; que haveria ausência de fundamentação no acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça; que não quadraria aumento da pena em um sexto, por não ser a espécie crime continuado; e que seria incoerente a admissão de progressão de regime no cumprimento de pena por crime de tortura, e não, nos crime hediondos.

Remete-se a julgados do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais 'os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, na modalidade ficta (com violência presumida) não são considerados crimes hediondos' (HC nº 9345; HC nº 11.537; RESP nº 203.580), e a Lei nº 9.455/97 alcança a pena dos crimes previstos na Lei nº 8.072/90, autorizando a progressão no regime de cumprimento (HC nº 10.658).

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Solicitadas informações, o Superior Tribunal de Justiça enviou cópia integral do acórdão proferido no **HC n° 23.920**.

O parecer da Procuradoria-Geral da República é pelo indeferimento da ordem.

Já votaram os Ministros **MARCO AURÉLIO**, Relator, **CARLOS VELLOSO** e **CARLOS BRITTO**. O Relator, no sentido da concessão da ordem por não ser hediondo o crime de atentado violento ao pudor na forma simples. O Min. **CARLOS VELLOSO**, em antecipação de voto, é pelo indeferimento, nos termos do precedente da Corte no HC n° 81.288. O Min. **CARLOS BRITTO**, pelo deferimento, quanto à declaração de inconstitucionalidade do § 1° do art. 2° da Lei n° 8.072/90, que veda progressão de regime."

Também votou pelo indeferimento o Ministro Joaquim Barbosa.

O Ministro Cezar Peluso concluiu o seu voto no sentido de não ser hediondo o crime de atentado violento ao pudor, na forma simples, e de ser inconstitucional o § 1°, do art. 2° da Lei n° 8.072, de 1990. Por conseguinte, concedeu a ordem de *habeas corpus* para garantir ao paciente não só o direito à progressão de regime, mas também, a inaplicabilidade da causa de aumento prevista no art. 226, inciso III, do Código Penal.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão. Registro que devolvi os autos para julgamento em 26 de maio. O que se tem visto nos últimos meses é, em face da rediscussão pelo Supremo Tribunal Federal sobre a progressão de regime em crimes

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

hediondos, instaurou-se um amplo debate sobre a matéria agora capitaneada pelo Governo.

DA PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS

A orientação do Supremo Tribunal Federal

Tem-se revelado assaz polêmica na jurisprudência da Corte a interpretação do disposto no art. 5º, XLVI, da Constituição, sobre a natureza do princípio da individualização da pena. A questão tem assumido relevo em razão da expressa disposição da Lei de Crimes Hediondos, que nega a possibilidade de progressão de regime.

No julgamento do HC 69.657, DJ 18.06.1993, essa questão foi amplamente discutida, tendo restado vencedora a posição que sustentava constitucionalidade da norma da Lei nº 8.072/90 que veda a progressão de regime.

Registre-se a orientação adotada por Rezek, *verbis*:

"Se o legislador ordinário estabelece, no que diz respeito à pena, algo não caracterizado pela plasticidade; se o legislador diz que no caso de determinado crime o regime da pena será necessariamente fechado, não me parece que esteja por isso sendo afrontado o princípio isonômico - mediante um tratamento igual para seres humanos naturalmente desiguais -, nem tampouco o preceito constitucional que manda seja a pena

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

individualizada. Tenho dificuldade em admitir que só se estaria honrando, em legislação ordinária, a norma constitucional que manda individualizar a pena, na hipótese de dar-se ao magistrado certo elastério em cada um dos seus tópicos de decisão, de modo que ele pudesse optar sempre entre pena prisional e outro gênero de pena, e ainda entre regimes prisionais diversificados, além de poder naturalmente alvitrar a intensidade da pena. Não me parece que, passo por passo, o legislador deva abrir opções para o juiz processante para não ofender o princípio da individualização.

Reflito sobre aquilo que o próprio Ministro relator enfatizou em certa passagem de seu douto voto:

'Por sinal, a Lei n° 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime.'

Nessa assertiva do eminente relator encontro algo capaz de neutralizar sua preocupação com a desesperança do condenado desde seu primeiro dia de cárcere. Se no caso de crime hediondo ele não tem, como os demais condenados, a esperança da progressividade, tem entretanto outra que depende rigorosamente de sua conduta, e que vai naturalmente

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

influenciá-la: a da obtenção do livramento *condicional* depois de certo prazo de cumprimento da pena.

Denunciando o que lhe parece uma contradição na ideologia da própria lei, o Ministro Marco Aurélio critica esse caráter abrupto do livramento *condicional*. Não se dá ao condenado a *progressividade*; deixa-se que ele fique no confinamento da prisão fechada para um dia, de súbito, sem esse escalonamento tão salutar, lançá-lo na vida gregária, na vida em comunidade, quando se lhe concede, por bom comportamento, a liberdade *condicional*.

Também aqui parece-me que o raciocínio do relator é o mais percuciente e sensato. Mas não somos uma casa legislativa. Não temos a autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina. Nosso foro é corretivo, e só podemos extirpar do trabalho do legislador ordinário - bem ou mal avisado, primoroso ou desastrado - aquilo que não pode coexistir com a Constituição. Permaneço fiel à velha tese do Ministro Luís Gallotti: a inconstitucionalidade não se presume, a *inconstitucionalidade* há de representar uma afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior.

Toda a linha de argumentação que o Ministro Marco Aurélio imprime ao seu voto parece-me sábia, e a tudo daria minha adesão prazerosa se estivéssemos a elaborar, em lugar do Congresso, a lei dos crimes hediondos -- seguramente não lhe daríamos esse nome, e provavelmente, na esteira da melhor doutrina, não

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

permitiríamos que ela se editasse com tantos defeitos." (RTJ 147/604-605)

Na defesa dessa posição, destaque-se também a manifestação de Celso de Mello, ao enfatizar que a norma constitucional teria como destinatário apenas o legislador, *verbis*:

"Impõe-se ressaltar que esse postulado tem por exclusivo destinatário o próprio legislador, a quem competirá, em função da natureza do delito e de todos os elementos que lhe são circunstanciais - e a partir de uma opção político-jurídica que se submete à sua inteira discricção - cominar, em momento de pura abstração, as penas respectivas e definir os correspondentes regimes de sua execução.

O princípio constitucional da individualização das penas, que é de aplicabilidade restrita, concerne, exclusivamente, à ação legislativa do Congresso Nacional. Este, em consequência, constitui o seu único destinatário. O princípio em causa não se dirige a outros órgãos do Estado, pois.

No caso, o legislador - **a quem se dirige a normatividade emergente do comando constitucional em questão** -, atuando no plano normativo, e no regular exercício de sua competência legislativa, fixou em abstrato, a partir de um juízo discricionário que lhe pertence com exclusividade, e em função da maior gravidade objetiva dos ilícitos referidos, a sanção penal que lhes é imponível. A par dessa individualização **in abstracto**, o legislador - ainda com apoio em sua

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

competência constitucional - definiu, sem qualquer ofensa a princípios ou a valores consagrados pela Carta Política, o regime de execução pertinente às sanções impostas pela prática dos delitos referidos.

A fixação do **quantum** penal e a estipulação dos limites, essencialmente variáveis, que oscilam entre um mínimo e um máximo, decorrem de uma opção legitimamente exercida pelo Congresso Nacional. A norma legal em questão, no ponto em que foi impugnada, ajusta-se a quanto prescreve o ordenamento constitucional, quer porque os únicos limites materiais que restringem essa atuação do legislador ordinário não foram desrespeitados (CF, art. 52, XLVII) - não se trata de pena de morte, de pena perpétua, de pena de trabalhos forçados, de pena de banimento ou de pena cruel - **quer** porque o conteúdo da regra mencionada ajusta-se à filosofia de maior severidade consagrada, em tema de delitos hediondos, pelo constituinte brasileiro (CF, art. 5º, XLIII).

A progressividade no processo de execução das penas privativas de liberdade, de outro lado, não se erige à condição de postulado constitucional. A sua eventual inobservância, pelo legislador ordinário, não ofende o princípio de individualização penal." (RTJ 147/607-608)

Dessa orientação divergiu Marco Aurélio, nos termos seguintes:

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

"Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum. (...)

(...) a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incurso em dispositivos da Lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais - artigo 5º - afasta, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena." (RTJ 147/602)

Também Sepúlveda Pertence manifestou orientação diversa, ao afirmar:

"(...) Individualização da pena, Senhor Presidente, enquanto as palavras puderem exprimir idéias, é a operação que tem em vista o agente e as circunstâncias do fato concreto e não a natureza do delito em tese.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Estou convencido também 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 o pretende, de todo, impertinente ao da execução dela.

De nada vale individualizar a pena no momento da aplicação, se a execução, em razão da natureza do crime, fará que penas idênticas, segundo os critérios da individualização, signifiquem coisas absolutamente diversas quanto à sua efetiva execução." (RTJ 147/608)

No julgamento do presente HC esta questão foi renovada. O relator, Marco Aurélio, reafirmou o entendimento anteriormente manifestado. Também Ayres Britto defendeu orientação semelhante.

Cezar Peluso reforça a idéia de inconstitucionalidade da norma questionada pelos seguintes fundamentos:

"A Constituição Federal, ao criar a figura do **crime hediondo**, assim dispôs no art. 5º, XLIII:

'a lei considerará **inafiançáveis** e **insuscetíveis de graça ou anistia** a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.' (grifei)

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Excepcionou, portanto, de modo nítido, da **regra geral** da liberdade sob fiança e da possibilidade de graça ou anistia, dentre outros, os crimes hediondos, vedando-lhes apenas com igual nitidez: a) a liberdade provisória sob fiança; b) a concessão de graça; c) a concessão de anistia.

Não fez menção nenhuma a vedação de progressão de regime, como, aliás - é bom lembrar -, tampouco receitou tratamento penal *stricto sensu* (sanção penal) mais severo, quer no que tange ao incremento das penas, quer no tocante à sua execução.

Preceituou, antes, em dois incisos:

'XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes (...);

...

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado'. (grifei)

É, pois, norma constitucional que a pena **deve ser individualizada**, ainda que nos limites da lei, e que sua execução em estabelecimento prisional **deve ser individualizada**, quando menos, **de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado**.

Evidente, assim, que, perante a Constituição, o **princípio da individualização da pena** compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).

Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da **individualização da pena** (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia nomológica.

*'A imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade', nota **MARIA LÚCIA KARAM**, 'com a vedação da progressividade em sua execução, atinge o próprio núcleo do princípio individualizador, assim, indevidamente retirando-lhe eficácia, assim indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que, assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante'.*

Já sob este aspecto, falta, pois, legitimidade à norma inserta no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90."

A reserva legal

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

O texto constitucional brasileiro, como sabemos, não conferiu um tratamento uniforme à chamada reserva legal ou restrição legal, de modo que encontramos as mais diversas formas de referências à intervenção do legislador no chamado âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

A Constituição autoriza, em diversas disposições, a intervenção do legislador no âmbito de proteção de diferentes direitos individuais.

Assim, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação é assegurada, *nos termos da lei* (CF, art. 5º, VI).

Tem-se, nesse exemplo, caso típico de *simples reserva legal* ou de *simples restrição legal* (*einfacher Gesetzesvobehalt*), exigindo-se apenas que eventual restrição seja prevista em lei.

Tal como referido, a leitura de alguns incisos do art. 5º do texto constitucional explicita exemplos de reserva legal simples:

"VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

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

- a) privação ou restrição de liberdade;*
- b) perda de bens;*
- c) multa;*
- d) prestação social alternativa;*
- e) suspensão ou interdição de direitos;*

LVII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;"

Os casos elencados acima demonstram que o constituinte vale-se de fórmulas diversas para explicitar a chamada reserva legal simples (*na forma da lei; nos termos da lei; salvo nas hipóteses previstas em lei*).

O entendimento segundo o qual a disposição constitucional sobre a individualização estaria exclusivamente voltada para o legislador, sem qualquer significado para a posição individual, além de revelar que se cuidaria então de norma extravagante no catálogo de direitos fundamentais, esvaziaria por completo qualquer eficácia dessa norma. É que, para fixar a individualização da pena *in abstracto*, o legislador não precisaria sequer de autorização constitucional expressa. Bastaria aqui o critério geral do *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Em verdade, estou convencido de que a fórmula aberta parece indicar, tal como em relação aos demais comandos constitucionais que remetem a uma intervenção legislativa, que o princípio da individualização da pena fundamenta um direito subjetivo, que se não se restringe à simples fixação da pena *in abstracto*, mas que se revela abrangente da própria forma de individualização (progressão).

Em outros termos, a fórmula utilizada pelo constituinte assegura um direito fundamental à individualização da pena. A referência à lei - princípio da reserva legal - explicita tão-somente, que esse direito está submetido a uma restrição legal expressa e que o legislador poderá fazer as distinções e qualificações, tendo em vista as múltiplas peculiaridades que dimanam da situação a reclamar regulação.

É evidente, porém, que, como todos sabem, que a reserva legal também está submetida a limites. Do contrário, ter-se-ia a possibilidade de nulificação do direito fundamental submetido à reserva legal por simples decisão legislativa. Este é o cerne da questão. Se se está diante de um direito fundamental à individualização da pena e não de uma mera orientação geral ao legislador - até porque para isso - despicienda seria a inclusão do dispositivo no elenco dos direitos fundamentais - então há que se cogitar do limite à ação do legislador na espécie.

Em outras palavras, 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

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

possibilidade de eliminar qualquer progressividade na execução da pena.

Essa indagação remete-nos para discussão de um outro tema sensível da dogmática dos direitos fundamentais, que é o da identificação de um núcleo essencial, como limite do limite para o legislador.

O princípio da proteção do núcleo essencial

1 Considerações Preliminares

Alguns ordenamentos constitucionais consagram a expressa proteção do núcleo essencial, como se lê no art. 19, II da Lei Fundamental alemã de 1949, na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 18, III) e na Constituição espanhola de 1978 (art. 53, n° 1) Em outros sistemas, como o norte-americano, cogita-se, igualmente, da existência de um núcleo essencial de direitos individuais.

É preciso ressaltar, porém, que a cláusula constante do art. 19, II da Lei Fundamental configura uma tentativa de fornecer resposta ao poder quase ilimitado do legislador no âmbito dos direitos fundamentais, tal como amplamente reconhecido pela doutrina até o início do século passado. A proteção dos direitos individuais realizava-se mediante a aplicação do princípio da legalidade da Administração e dos postulados da reserva legal e da supremacia da lei¹. Isso significava que os direitos fundamentais submetidos a uma reserva legal poderiam ter a sua eficácia completamente esvaziada

¹. Cf., a propósito, HERBERT, Der Wesensgehalt der Grundrechte, in EuGRZ 1985, p. 321.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

pela ação legislativa (*Die Grundrechte waren nicht "verfassungskräftig", sondern lediglich gesetzeskräftig" und daher "leerlaufend"*)².

Tentou-se contornar o perigo do esvaziamento dos direitos de liberdade pela ação do legislador democrático com a doutrina das "garantias institucionais" ("*Institutgarantien*"), segundo a qual determinados direitos concebidos como instituições jurídicas deveriam ter o mínimo de sua essência garantido constitucionalmente³. A falta de mecanismos efetivos de controle de constitucionalidade das leis - somente em 1925 reconheceu o *Reichsgericht* a possibilidade de se proceder ao controle de constitucionalidade do direito ordinário⁴ - e a ausência de instrumentos asseguradores de efetividade dos direitos fundamentais em face dos atos administrativos contribuía ainda mais para a onipotência do legislador.

A Lei Fundamental de Bonn declarou expressamente a vinculação do legislador aos direitos fundamentais (LF, art. 1, III), estabelecendo diversos graus de intervenção legislativa no âmbito de proteção desses direitos. No art. 19, II, consagrou-se, por seu turno, a proteção do núcleo essencial (*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angetastet werden*). Essa disposição, que pode ser considerada uma reação contra os abusos

². THOMAS, Richard. Grundrechte und Polizeigewalt, in: TRIEPEL, Heinrich (Org.), Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preussischen Oberverwaltungsgerichts, 1925, p. 183-223 (191 s.); ANSCHÜTZ, Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14ª edição, 1933, p. 517 s.

³. WOLFF, Martin, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923, p. IV1-30; SCHMITT, Carl, Verfassungslehre, 1928, p. 170 s; Idem, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924, 1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, 1958, p. 140-173; Cf., também, HERBERT, Georg, Der Wesensgehalt der Grundrechte, in: EuGRZ 1985, p. 321 (322).

⁴. RGZ 111, p. 320 s.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

cometidos pelo nacional-socialismo⁵, atendia também aos reclamos da doutrina constitucional da época de Weimar, que, como visto, ansiava por impor limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais⁶. Na mesma linha, a Constituição Portuguesa e a Constituição Espanhola contêm dispositivos que limitam a atuação do legislador na restrição ou conformação dos direitos fundamentais (Cf. Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, nº 3 e Constituição espanhola de 1978, art. 53, nº 1)⁷

De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais⁸.

2 Diferentes posições dogmáticas sobre a proteção do núcleo essencial

⁵. VON MANGOLDT, Hermann, Das Bonner Grundgesetz, 1ª edição, 1953, Considerações sobre os direitos fundamentais, p. 37, Art. 19, nota 1.

⁶. WOLFF, Martin, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923, p. IV1-30; SCHMITT, Carl, Verfassungslehre, 1928, p. 170 s; Idem, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924'1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, 1958, p. 140-173; Cf., também, HERBERT, Der Wesensgehalt der Grundrechte, in: EuGRZ 1985, p. 321 (322); KREBS, Walter, in von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, vol. I, Art. 19, II, nr. 23, p. 999.

⁷. O art. 18º, n. 3 da Constituição portuguesa de 1976 assim estabelece: "As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais." Já o art. 53, n. 1 da Constituição espanhola de 1978 assim dispõe: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos e libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a."

⁸. HESSE, Grunzüge des Verfassungsrechts, p. 134.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

O significado de semelhante cláusula e da própria idéia de proteção do núcleo essencial não é unívoco na doutrina e na jurisprudência.

No âmbito da controvérsia sobre o núcleo essencial suscitam-se indagações expressas em dois modelos básicos:

(1) Os adeptos da chamada *teoria absoluta* ("*absolute Theorie*") entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehalt*) como unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa⁹. Essa concepção adota uma interpretação material, segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal¹⁰. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. Nesse caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um "limite do limite" para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação.

(2) Os sectários da chamada *teoria relativa* ("*relative Theorie*") entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck-*

⁹. VON MANGOLDT/Klein, Franz, *Das Bonner Grundgesetz*, 2a. edição, 1957, m Art. 19, nota V 4; SCHNEIDER, Ludwig, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten* na Art 19, II, GG, 1983, p. 189 s. Cf. sobre o assunto, também, PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte - Staatsrecht II*, p. 69; HERBERT, *Der Wesensgehalt der Grundrechte*, EuGRZ 1985, p. 321 (323).

¹⁰. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La Garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madri, 1997, p. 22-23.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Mittel-Prüfung), com base no princípio da proporcionalidade¹¹. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação¹². Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório.

Gavara de Cara observa, a propósito, que, para a teoria relativa, "o conteúdo essencial não é uma medida pré-estabelecida e fixa, uma vez que não se trata de um elemento autônomo ou parte dos direitos fundamentais"¹³. Por isso, segundo Alexy, a garantia do art. 19, II, da Lei Fundamental alemã, não apresenta, em face do princípio da proporcionalidade, qualquer limite adicional à restrição dos direitos fundamentais¹⁴.

Tanto a teoria absoluta quanto a teoria relativa pretendem assegurar uma maior proteção dos direitos fundamentais, na medida em que buscam preservar os direitos fundamentais contra uma ação legislativa desarrazoada¹⁵.

Todavia, todas elas apresentam insuficiências.

¹¹. MAUNZ, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz - Kommentar, art. 19, II, nº 16 s.

¹². Cf. SCHMIDT, Walter, Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte, AöR 106 (1981), p. 497-525 (515); Ver, também, HERBERT, Der Wesensgehalt der Grundrechte, EuGRZ 1985, p. 321 (323).

¹³. GAVARA DE CARA, Juan Carlos, Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo, Madri, 1994, p. 331.

¹⁴. ALEXY, Theorie der Grundrechte, p. 272.

¹⁵. Cf. HERBERT, Der Wesensgehalt der Grundrechte, EuGRZ 1988, p. 321 (323).

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

É verdade que a teoria absoluta, ao acolher uma noção material do núcleo essencial¹⁶, insuscetível de redução por parte do legislador, pode converter-se, em muitos casos, numa fórmula vazia, dada a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se demonstrar ou caracterizar *in abstracto* a existência desse mínimo essencial. É certo, outrossim, que a idéia de uma proteção ao núcleo essencial do direito fundamental, de difícil identificação, pode ensejar o sacrifício do objeto que se pretende proteger¹⁷. Não é preciso dizer também que a idéia de núcleo essencial sugere a existência clara de elementos centrais ou essenciais e elementos acidentais, o que não deixa de preparar significativos embaraços teóricos e práticos¹⁸.

Por seu turno, uma opção pela teoria relativa pode conferir uma flexibilidade exagerada ao estatuto dos direitos fundamentais, o que acaba por descaracterizá-los como princípios centrais do sistema constitucional¹⁹.

Por essa razão, propõe Hesse uma fórmula conciliadora, que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais²⁰. É que, observa Hesse, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da

¹⁶. MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luiz, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, Madri, 1997, p. 22

¹⁷. MARTINEZ-PUJALTE, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, p. 29.

¹⁸. MARTINEZ-PUJALTE, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, p. 31.

¹⁹. MARTINEZ-PUJALTE, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, p. 28.

²⁰. HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts, p. 149.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida²¹.

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha estabelecido expressamente a idéia de um núcleo essencial, é certo que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não-admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental.

Vale aqui transcrever excerto do voto do Min. Rodrigues Alckmin sobre a liberdade de conformação do legislador:

“Essa liberdade, dentro de regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária.

Tanto assim é que a cláusula final (‘observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer’) já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades.

Mas também não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido.

Que adiantaria afirmar ‘livre’ o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse?

²¹ . HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts, p. 149.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

É preciso, portanto, um exame aprofundado da espécie, para fixar quais os limites a que a lei ordinária tem de ater-se, ao indicar as 'condições de capacidade'. E quais os excessos que, decorrentes direta ou indiretamente das leis ordinárias, desatendem à garantia constitucional." (Rp 930, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ 02.09.77)

Transcreve Alckmin lição de Fiorini:

"Observa, a este respeito, Fiorini (Poder de Polícia, págs. 149 e segs.):

'No hay duda que las leyes reglamentarias no pueden destruir las libertades consagradas como inviolables y fundamentales. Cuál debe ser la forma como debe actuar el legislador cuando sanciona normas limitativas sobre los derechos individuales? La misma pregunta puede referirse al administrador cuando concreta actos particulares. Si el Estado democrático exhibe el valor inapreciable con carácter absoluto como es la persona humana, aquí se halla la primera regla que rige cualquier clase de limitaciones. La persona humana ante todo. Teniendo en mira este supuesto fundante, es como debe actuar con carácter razonable la regulación policial. La jurisprudencia y la logica juridica han instituido cuatro principios que rigen este hacer: 1º) la limitacion debe ser justificada;

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

2°) el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser adecuado al fin deseado; 3°) el medio y el fin utilizados deben manifestarse proporcionalmente; 4°) todas las medidas deben ser limitadas. La razonabilidad se expresa con la justificación, adecuación, proporcionalidad y restricción de las normas que se sancionen. Hasta la policía de antaño pretendía estos datos de razonabilidad que enmarcaban con los principios de la justicia, pues deseaba que no fuera arbitraria. Los principios lógicos expuestos no son fáciles de realizar en el pacto con la realidad social, máxime cuando se debe tener en cuenta un valor que se valoró en la relación con mayor grado que cualquier otro: la persona humana. Se ha pretendido hallar una fórmula gramatical comprensiva y salvadora diciendo que las limitaciones policiales deben ser siempre justas y razonables. La locución es genérica y de difícil comprensión ante la realidad social, puesto que comprende a otros muchos valores, la moderación, corrección, etc., que se confunden con una medida más genérica como lo es la equidad. La jurisprudencia en nuestro país, y en especial la norteamericana, condensa en muchos de sus fallos las cuatro reglas expuestas bajo la denominación de 'razoabilidad' aunque no la determinen en forma expresa y positiva. La razoabilidad, cuando se refiere a la medida dictada por la gestión

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

policial, debe hallarse justificada, realizada en forma adecuada y sacrificando minimamente los ámbitos individuales. La justa y razonable reglamentación de los derechos declarados como fundamentales para la existencia humana en sociedad, halla en el 'due process of law' de la jurisprudencia norteamericana substancial solución sobre este objeto jurídico que algunos califican 'standard jurídico'. Juan F. Linares la ha calificado de 'garantía innominada' en la Constitución Argentina, presentandola como la garantía de la seguridad de la 'legal y justa aplicación del derecho'. Esta garantía justifica en forma directa el control jurisdiccional sobre cualquier clase de actos realizados por la actividad policial y la responsabilidad por sus desviaciones'.

E adiante, invocando decisão da Corte Suprema Argentina:

"... es incuestionable que... pueden los tribunales resolver en circunstancias extraordinarias de manifiesto e insalvable conflicto entre aquéllas y la ley fundamental, que las mismas no tienen relación con sus fines aparentes y que se han desconocido con ellas, innecesaria e injustificadamente, derechos primordiales que el poder judicial debe amparar... porque de otra suerte la facultad de

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

reglamentación de las legislaturas y de las municipalidades seria ilimitada" (fls. 176)

Vê-se, pois, que a argumentação desenvolvida no belíssimo precedente parece não distinguir as situações de aplicação do princípio da proporcionalidade com as do princípio do núcleo essencial

Independentemente da filiação a uma das teorias postas em questão, é certo que o modelo adotado na Lei n° 8.072/90 faz *tabula rasa* do direito à individualização no que concerne aos chamados crimes hediondos.

A condenação por prática de qualquer desses crimes haverá de ser cumprida integralmente em regime fechado. O núcleo essencial desse direito, em relação aos crimes hediondos, resta completamente afetado. Na espécie, é certo que a forma eleita pelo legislador elimina toda e qualquer possibilidade de progressão de regime e, por conseguinte, transforma a idéia de individualização enquanto aplicação da pena em razão de situações concretas em maculatura.

Daí afirmar Maria Lucia Karam, em texto já referido por Peluso, que "*a imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento de pena privativa de liberdade, com vedação de progressividade em sua execução, atinge o próprio núcleo do princípio individualizador, assim indevidamente retirando-lhe eficácia, assim, indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que assentada no inciso XLVI do art. 5° da Carta de 1988, o preconiza e garante.*" (Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, in: *Escrito em Homenagem a Alberto Silva Franco*, São Paulo, 2003, p. 314).

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

No caso dos crimes hediondos, o constituinte adotou um conceito jurídico indeterminado que conferiu ao legislador ampla liberdade, o que permite quase a conversão da reserva legal em um caso de interpretação da Constituição segundo a lei. Os crimes definidos como hediondos passam a ter um tratamento penal agravado pela simples decisão legislativa. E a extensão legislativa que se emprestou à conceituação de crimes hediondos, como resultado de uma política criminal fortemente simbólica, agravou ainda mais esse quadro.

A ampliação dos crimes considerados hediondos torna ainda mais geral a vulneração do princípio da individualização, o que, em outras palavras, quase que transforma a exceção em regra. Todos os crimes mais graves ou que provocam maior repulsa na opinião pública passam a ser tipificados como crimes hediondos e, por conseguinte, exigem o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Os direitos básicos do apenado a uma individualização são totalmente desconsiderados em favor de uma opção política radical.

Não é difícil perceber que fixação *in abstracto* de 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.

Portanto, nessa hipótese, independentemente da doutrina que pretenda adotar sobre a proteção do núcleo essencial - relativa

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

ou absoluta -, afigura-se inequívoca a afronta a esse elemento integrante do direito fundamental. É que o próprio direito fundamental restaria violado.

É interessante notar que o próprio Governo federal, na gestão do Ministro Jobim no Ministério da Justiça, encaminhou Projeto de Lei (Projeto de Lei nº 724-A, de 1995, que pretendia introduzir uma nova política para os denominados crimes de especial gravidade. A Exposição de Motivos do Projeto ressaltava a filosofia que haveria de lhe dar embasamento nos seguintes termos:

"(...) Essa proposta, transformada em lei, permitirá o tratamento rigoroso desses crimes, que se irradiará para todo o sistema, seja na aplicação da pena, seja na sua execução, sem contudo inviabilizar a individualização dessa mesma pena.

(...)

O Projeto, em resumo, estabelece como nítida orientação de Política Criminal, tratamento penal mais severo para os crimes nele referidos mas permite, por outro lado, que esse tratamento se ajuste ao sistema progressivo do cumprimento de pena, instituído pela reforma de 1984, sem o qual torna-se impossível pensar-se em um razoável 'sistema penitenciário'. Se retirarmos do condenado a esperança de antecipar a liberdade pelo seu próprio mérito, pela conduta disciplinada, pelo trabalho produtivo durante a execução da pena, estaremos seguramente acenando-lhe, como única saída, a revolta, as rebeliões, a fuga, a corrupção." (JOBIM,

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Nelson. Mensagem n° 783. *Diário da Câmara dos Deputados*, 19 de janeiro de 1996, p. 1898)

O aludido Projeto de Lei, aprovado na Câmara dos Deputados, acrescentava o seguinte § 4° ao art. 33 do Código Penal:

“§ 4°. O juiz determinará o cumprimento de metade da pena aplicada em regime fechado, desde o início, quando o crime for de especial gravidade.”

Tal proposta demonstra que o modelo previsto na Lei n° 8.072/90, se já não se revela inadequado, é, pelo menos **desnecessário**, uma vez que existem alternativas, igualmente eficazes e menos gravosas para a posição jurídica afetada.

Em verdade, tal como apontado por Marco Aurélio e Peluso, a Lei dos Crimes Hediondos contém uma incongruência grave, pois, ao mesmo tempo em que repele a progressividade, admite o livramento condicional desde que cumpridos dois terços da pena (CP, art. 83, V). Tem-se, pois, o retorno à vida social sem que tenha havido progressão do regime, com a reintrodução gradual do condenado na vida em sociedade.

Essa incongruência explícita, a um só tempo, a *desnecessidade* da medida adotada (lesão ao princípio da proporcionalidade) e a falta de cuidado por parte do legislador na fixação de limites do direito fundamental à individualização da pena (caráter arbitrário da norma).

Fica evidente, assim, que a fórmula abstrata consagrada pelo legislador, que veda a progressão aos crimes hediondos, não se

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

compatibiliza também com o princípio da proporcionalidade, na acepção da *necessidade* (existência de outro meio eficaz menos lesivo aos direitos fundamentais). Verificada a **desnecessidade** da medida, resta evidenciada a lesão ao princípio da proporcionalidade.

A previsão da Lei n° 9.455/97 quanto à possibilidade progressão do crime de tortura (§ 7°, art. 1°) se não tem caráter revogatório da Lei n° 8.072/90, parece indicar, também, a **desnecessidade** da medida enquanto instrumento de combate à criminalidade.

Como explicar, com algum grau de plausibilidade, que o crime de tortura possa ter a progressão de regime expressamente admitida e os demais crimes considerados hediondos estejam excluídos desse benefício?

Ora, semelhante incongruência também demonstra, de forma insofismável, a **ausência de necessidade** da providência fixada na Lei n° 8.072/90. Do contrário, não haveria justificativa para o legislador conferir tratamento díspar a situações idênticas.

Ressalto, que não sou refratário à idéia de que se possa adotar um diferente critério de progressividade para os crimes hediondos. Não preconizo a aplicação do princípio da igualdade em toda a sua extensão, tal como defendido pelo Min. Marco Aurélio, porque, a rigor, foi a própria Constituição que os distinguiu em relação aos demais crimes. O que não encontra amparo constitucional, a meu ver, é a vedação, geral e abstrata, da progressão. Como demonstrado, essa proibição não passa pelo juízo de proporcionalidade.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Demonstrada a inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime em crime hediondo, passo a adotar as razões esposadas na RCL 2.391, pois, também agora entendo que o Tribunal, ante a sua reiterada jurisprudência anteriormente firmada, haverá de fixar a eficácia restrita dos efeitos da presente declaração.

A eventual revisão da jurisprudência

Talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, a possível mutação constitucional. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, em especial, do processo constitucional.

Nesse sentido, vale registrar a douda observação de Larenz:

"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

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

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'." (Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª. Edição, Lisboa, 1997, p. 495).

Daí afirmar Larenz:

"A alteração da situação normativa pode assim conduzir à modificação - restrição ou extensão - do significado da norma até aqui prevalecente. De par com a alteração da situação normativa, existem factos tais como, sobretudo, modificações na estrutura da ordem jurídica global, uma nítida tendência da legislação mais recente, um novo entendimento da *ratio legis* ou dos critérios teleológico-objectivos,

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

bem como a necessidade de adequação do Direito pré-constitucional aos princípios constitucionais, que podem provocar uma alteração de interpretação. Disto falámos nós já. Os tribunais podem abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorrecta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras. Mas ao tomar em consideração o factor temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correcta agora não o seja." (Larenz, Metodologia, *cit.*, p. 498-500) .

Por isso, ensina, Larenz, de forma lapidar:

"O preciso momento em que deixou de ser 'correcta' é impossível de determinar. Isto assenta em que as alterações subjacentes se efectuam na maior parte das vezes de modo contínuo e não de repente. Durante um 'tempo intermédio' podem ser 'plausíveis' ambas as coisas, a manutenção de uma interpretação constante e a passagem a uma interpretação modificada, adequada ao tempo. É também possível que uma interpretação que aparecia originariamente como conforme à Constituição, deixe de o ser na seqüência de uma modificação das relações determinantes. Então é de escolher a interpretação, no quadro das possíveis, segundo os outros critérios de interpretação, que seja agora a única conforme à Constituição".

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

No plano constitucional, esse tema mereceu uma análise superior no trabalho de Inocêncio Mártires Coelho sobre interpretação constitucional (Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação Constitucional*. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997).

No Capítulo 4 da obra em referência, que trata das conseqüências da diferença entre lei e Constituição, propicia-se uma **releitura** do fenômeno da chamada **mutação constitucional**, asseverando-se que as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, posto que é somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos. Com base em Perez Luño e Reale, enfatiza-se que, em verdade, a norma jurídica não é o *pressuposto*, mas o *resultado* do processo interpretativo ou que a *norma* é a sua *interpretação*.

Essa colocação coincide, fundamentalmente, com a observação de Häberle, segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (*Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen*), ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública (*Einen Rechssatz "auslegen" bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen - um seiner Wirksamkeit willen*). Por isso, Häberle introduz o conceito de *pós-compreensão* (*Nachverständnis*), entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende "supervenientemente" uma dada norma. A *pós-compreensão* nada mais seria, para Häberle, do que a *pré-compreensão do futuro*, isto é, o elemento dialético correspondente da idéia de *pré-compreensão* (Häberle, Peter. "Zeit und Verfassung". in: *Probleme der*

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Verfassungsinterpretation, org: Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich, Nomos, Baden-Baden, 1976, p.312-313).

Tal concepção permite a Häberle afirmar que, em sentido amplo, toda lei interpretada - não apenas as chamadas leis temporárias - é uma lei com duração temporal limitada (*In einem weiteren Sinne sind alle - interpretierten - Gesetze "Zeitgesetze" - nicht nur die zeitlich befristeten*). Em outras palavras, o texto, confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em um outro.

Essa reflexão e a idéia segundo a qual a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado autorizam Häberle a realçar que uma interpretação constitucional aberta prescinde do conceito de *mutação constitucional* (*Verfassungswandel*) enquanto categoria autônoma.

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá **fingir** que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma *mutação normativa* ou a *evolução na interpretação*, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A orientação doutrinária tradicional, marcada por uma alternativa rigorosa entre *atos legítimos* ou *ilegítimos* (*entweder als rechtmässig oder als rechtswidrig*), encontra dificuldade para identificar a consolidação de um *processo de inconstitucionalização* (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*). Prefere-se admitir que,

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade sempre existira.

Daí afirmar Häberle:

"O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se *passado e futuro* estiverem nela associados." (Häberle, *Zeit und Verfassung, cit.*, p. 295-296)

Häberle indaga:

"O que significa tempo? Objetivamente, tempo é a possibilidade de se introduzir mudança, ainda que não haja a necessidade de produzi-la." (Häberle, *Zeit und Verfassung, cit.*, p. 300).

Tal como anota Häberle, "o tempo sinaliza ou indica uma reunião (*ensemble*) de forças sociais e idéias. (...) A ênfase ao 'fator tempo' não deve levar ao entendimento de que o tempo há de ser utilizado como 'sujeito' de transformação ou de movimento (...). A história (da comunidade) tem muitos sujeitos. O tempo nada mais é do que a dimensão na qual as mudanças se tornam possíveis e necessárias (...)." (Häberle, *Zeit und Verfassung, cit.*, p. 300)

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Uma nova visão dos direitos fundamentais e suas repercussões

Não é raro que essas alterações de concepções se verifiquem, dentre outros campos, exatamente em matéria de defesa dos direitos fundamentais. Aqui talvez se mesclem as mais diversas concepções existentes na própria sociedade e o processo dialético que as envolve. E os diversos entendimentos de mundo convivem, sem que, muitas vezes, o "novo" tenha condições de superar o "velho".

É natural também que esse tipo de situação se coloque de forma bastante evidente no quadro de uma nova ordem constitucional. Aqui, entendimentos na jurisprudência, doutrina e legislação tornam, às vezes, inevitável, que a interpretação da Constituição se realize, em um primeiro momento, com base na situação jurídica pré-existente. Assim, até mesmo institutos novos poderão ser interpretados segundo entendimento consolidado na jurisprudência e na legislação pré-constitucionais. Nesse caso, é, igualmente, compreensível, que uma nova orientação hermenêutica reclame cuidados especiais.

Nesse sentido, refiro-me mais uma vez às lições de Larenz:

"O que é para os tribunais civis, quando muito, uma exceção, adequa-se em muito maior medida a um Tribunal Constitucional. Decerto que se poderá, por exemplo, resolver muitas vezes sobre recursos constitucionais de modo rotineiro, com os meios normais da argumentação jurídica. Aqui tão-pouco faltam casos comparáveis. Mas nas resoluções de

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meios não são suficientes. Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, pereat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável, e neste ponto tem KRIELE razão. Certamente que as consequências (mais remotas) tão pouco são susceptíveis de ser entrevistadas com segurança por um Tribunal Constitucional, se bem que este disponha de possibilidades muito mais amplas do que um simples juiz civil de conseguir uma imagem daquelas. Mas isto tem que ser aceite. No que se refere à avaliação das consequências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à idéia de 'bem comum', especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É, neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível - e este é, seguramente, em larga escala o caso - da sua orientação política subjectiva, de simpatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com outros, e procure uma resolução despreconceituada, 'racional'." (Metodologia, *cit.*, p. 517).

Talvez o caso historicamente mais relevante da assim chamada mutação constitucional seja expresso na concepção da

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

igualdade racial nos Estados Unidos. Em 1896, no caso *Plessy versus Ferguson*, a Corte Suprema americana reconheceu que a separação entre brancos e negros em espaços distintos, no caso específico - em vagões de trens - era legítima. Foi a consagração da fórmula "equal but separated". Essa orientação veio a ser superada no já clássico *Brown versus Board of Education* (1954), no qual se assentou a incompatibilidade dessa separação com os princípios básicos da igualdade.

Nos próprios Estados Unidos, a decisão tomada em *Mapp versus Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), posteriormente confirmada em *Linkletter versus Walker*, 381 U.S. 618 (1965), a propósito da busca e apreensão realizada na residência da Sra. Dollree Mapp, acusada de portar material pornográfico, em evidente violação às leis de Ohio, traduz uma significativa mudança da orientação até então esposada pela Corte Suprema.

A condenação de Dollree Mapp foi obtida com base em evidências obtidas pela polícia quando adentraram sua residência, em 1957, apesar de não disporem de mandado judicial de busca e apreensão. A Suprema Corte, contrariando o julgamento da 1ª Instância, declarou que a 'regra de exclusão' (baseada na Quarta Emenda da Constituição), que proíbe o uso de provas obtidas por meios ilegais nas Cortes federais, deveria ser estendida também às Cortes estaduais. A decisão provocou muita controvérsia, mas os proponentes da 'regra de exclusão' afirmavam constituir esta a única forma de assegurar que provas obtidas ilegalmente não fossem utilizadas.

A decisão de *Mapp v. Ohio* superou o precedente *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), tornando a regra obrigatória aos

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Estados, e àqueles acusados, cujas investigações e processos não tinham atendido a estes princípios, era conferido o direito de *habeas corpus*.

Em 1965 a Suprema Corte americana julgou o caso *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, no qual um condenado por arrombamento na Corte de Louisiana requereu o direito de *habeas corpus*, com fundamento na decisão do caso *Mapp v. Ohio*.

A Suprema Corte decidiu contrariamente à aplicação retroativa da norma, naqueles casos que tiveram o julgamento final antes da decisão proferida em *Mapp*. Essa mudança foi descrita por Christina Aires Lima em sua dissertação de Mestrado:

"Apesar do entendimento da Corte Federal do Distrito de Louisiana e da Corte de Apelação do Estado, de que no caso *Linkletter* as investigações sobre a pessoa e bens do acusado foram feitas de modo ilegal, tais Cortes decidiram que a regra estabelecida no caso *Mapp* não poderia ser aplicada retroativamente às condenações das cortes estaduais, que se tornaram finais antes do anúncio da decisão do referido precedente.

As decisões dessas Cortes foram fundadas no entendimento de que, conferir-se efeito retroativo aos casos que tiveram julgamento final antes da decisão do caso *Mapp*, causaria um enorme e preocupante problema para a administração da Justiça.

A Suprema Corte americana admitiu o *certiorari* requerido por *Linkletter*, restrito à questão de saber se deveria, ou não, aplicar efeito retroativo à

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

decisão proferida no caso *Mapp*." (Lima, Christina Aires Corrêa. *O Princípio da Nulidade das Leis Inconstitucionais*, UnB, 2000, p. 84)

Ao justificar o indeferimento da aplicação da norma retroativamente, a opinião majoritária da Corte Suprema americana, no julgamento do caso *Linkletter v. Walker*, foi no seguinte sentido:

"Uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeito, e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação. Acreditamos que essa abordagem é particularmente correta com referência às proibições da 4^a. Emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de 'depreciar' a Emenda devemos aplicar a sabedoria do Justice Holmes que dizia que 'na vida da lei não existe lógica: o que há é experiência'." (*United States Reports*, Vol. 381, p. 629).

E mais adiante ressaltou:

"A conduta imprópria da polícia, anterior à decisão em *Mapp*, já ocorreu e não será corrigida pela soltura dos prisioneiros envolvidos. Nem sequer dará harmonia ao delicado relacionamento estadual-federal que discutimos como parte do objetivo de *Mapp*. Finalmente, a invasão de privacidade nos lares das

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

vítimas e seus efeitos não podem ser revertidos. A reparação chegou muito tarde." (*United States Reports*, Vol. 381, p. 637).

No direito alemão, mencione-se o famoso caso sobre o regime da execução penal (*Strafgefängene*), de 14 de março de 1972. Segundo a concepção tradicional, o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais dos presidiários mediante atos normativos secundários era considerada, inicialmente, compatível com a Lei Fundamental. Na espécie, cuidava-se de *Verfassungsbeschwerde* proposta por preso que tivera carta dirigida a uma organização de ajuda aos presidiários interceptada, porque continha críticas à direção do presídio. A decisão respaldava-se em uma portaria do Ministério da Justiça do Estado.

A Corte Constitucional alemã colocou em dúvida esse entendimento na decisão proferida sobre problemática da execução penal, como se logra depreender da seguinte passagem do acórdão:

"O constituinte contemplou, por ocasião da promulgação da Lei Fundamental, a situação tradicional da execução da pena, tal como resulta dos artigos 2º, parágrafo 2º, 2º período, e 104, parágrafos 1º e 2º da Lei Fundamental, não existindo qualquer sinal de que ele partira da premissa de que o legislador haveria de editar uma lei imediatamente após a entrada em vigor da Lei Fundamental. Na apreciação da questão sobre o decurso de prazo razoável para o legislador disciplinar a matéria e, por conseguinte, sobre a configuração de ofensa à Constituição, deve-se considerar também que, até

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

recentemente, admitia-se, com fundamento das **relações peculiares de poder (besondere Gewaltverhältnisse)**, que os direitos fundamentais do preso estavam submetidos a uma restrição geral decorrente das condições de execução da pena. Cuidar-se-ia de limitação implícita, que não precisava estar prevista expressamente em lei. Assinale-se, todavia, que, segundo a orientação que se contrapõe à corrente tradicional, a Lei Fundamental, enquanto ordenação objetiva de valores com ampla proteção dos direitos fundamentais, não pode admitir uma restrição **ipso jure** da proteção dos direitos fundamentais para determinados grupos de pessoas. Essa corrente somente impôs-se após lento e gradual processo." (BVerfGE 33, 1 (12))

A especificidade da situação impunha, todavia, que se tolerassem, provisoriamente, as restrições aos direitos fundamentais dos presidiários, ainda que sem fundamento legal expresso. O legislador deveria emprestar nova disciplina à matéria, em consonância com a orientação agora dominante sobre os direitos fundamentais.

A evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial - uma autêntica *mudança constitucional* - passava a exigir, no entanto, que qualquer restrição a esses direitos devesse ser estabelecida mediante expressa autorização legal.

Efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Embora a Lei n° 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso.

Ressalte-se que não estou a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei n° 9.868, de 1999. Cuida-se aqui tão-somente de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade.

Para tanto, faz-se necessária, inicialmente, uma análise da questão no direito americano, que é a matriz do sistema brasileiro de controle.

É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão "lei inconstitucional" configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que "*the unconstitutional statute is not law at all*" (Willoughby, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*, New York, 1910, v. 1, p. 9/10; cf. Cooley, Thomas M., *Treaties on the Constitutional Limitations*, 1878, p. 227), passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade (Tribe, Laurence. *The American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, New York, 1988). A Suprema Corte americana vem considerando o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas, e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade afeta tão-somente a demanda em que foi levada a efeito, não se há que cogitar de alteração de julgados anteriores.

Sobre o tema, afirma Tribe:

"No caso *Linkletter v. Walker*, a Corte rejeitou ambos os extremos: 'a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo.' Parafraseando o Justice Cardozo pela assertiva de que 'a constituição federal nada diz sobre o assunto', a Corte de *Linkletter* tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política judiciária), a ser decidido novamente em cada caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de *Linkletter* no caso *Stovall v. Denno*: 'Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões". (Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 30)

Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro* (Cf. a propósito, Sesma, *El*

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Precedente, cit., p. 174 s). De resto, assinala-se que, antes do advento da Lei nº 9.868, de 1999, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Não só a Suprema Corte americana (caso *Linkletter v. Walker*), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adotam a técnica da limitação de efeitos (Cf. v.g. Corte Constitucional austríaca (Constituição, art. 140), a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, § 31, 2 e 79, 1), a Corte Constitucional espanhola (embora não expressa na Constituição, adotou, desde 1989, a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*. Cf. Garcia de Enterría, *Justicia Constitucional, cit., p. 5*), a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, art. 282, n. 4), o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia (art.174, 2 do Tratado de Roma), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso *Markx*, de 13 de junho de 1979. Cf. Siqueira Castro, Carlos Roberto. *Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis nº 9.868 e 9882/99*, in: Sarmento, Daniel, *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99* (organizador), Rio de Janeiro, 2001).

No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos.

Sem dúvida, afigura-se relevante no sistema misto brasileiro o significado da decisão limitadora tomada pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas sobre os julgados proferidos pelos demais juízes e tribunais no sistema difuso.

O tema relativo à compatibilização de decisões nos modelos

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

concreto e abstrato não é exatamente novo e foi suscitado, inicialmente, na Áustria, tendo em vista os reflexos da decisão da Corte Constitucional sobre os casos concretos que deram origem ao incidente de inconstitucionalidade (1920-1929). Optou-se ali por atribuir efeito *ex tunc* excepcional à repercussão da decisão de inconstitucionalidade sobre o caso concreto (Constituição austríaca, art. 140 , n. 7, 2ª. parte).

No direito americano, a matéria poderia assumir feição delicada tendo em vista o caráter incidental ou difuso do sistema, isto é, modelo marcadamente voltado para a defesa de posições subjetivas. Todavia, ao contrário do que se poderia imaginar, não é rara a pronúncia de inconstitucionalidade sem atribuição de eficácia retroativa, especialmente nas decisões judiciais que introduzem alteração de jurisprudência (*prospective overruling*). Em alguns casos, a nova regra afirmada para decisão aplica-se aos processos pendentes (*limited prospectivity*); em outros, a eficácia *ex tunc* exclui-se de forma absoluta (*pure prospectivity*). Embora tenham surgido no contexto das alterações jurisprudenciais de precedentes, as *prospectivity* têm integral aplicação às hipóteses de mudança de orientação que leve à declaração de inconstitucionalidade de uma lei antes considerada constitucional (Cf. Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, cit., p. 743).

A prática da *prospectivity*, em qualquer de suas versões, no sistema de controle americano, demonstra, pelo menos, que o controle incidental não é incompatível com a idéia da limitação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade.

Há de se reconhecer que o tema assume entre nós peculiar complexidade tendo em vista a inevitável convivência entre os

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

modelos difuso e direto. Quais serão, assim, os efeitos da decisão *ex nunc* do Supremo Tribunal Federal, proferida *in abstracto*, sobre as decisões já proferidas pelas instâncias afirmadoras da inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*?

Um argumento que pode ser suscitado diz respeito ao direito fundamental de acesso à justiça, tal como já argüido no direito português, afirmando-se que haveria a frustração da expectativa daqueles que obtiveram o reconhecimento jurisdicional do fundamento de sua pretensão (Cf. Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, cit., p. 746).

A propósito dessa objeção, Rui Medeiros apresenta as seguintes respostas:

“-- É sabido, desde logo, que existem domínios em que a restrição do alcance do julgamento de inconstitucionalidade não é, por definição, susceptível de pôr em causa esse direito fundamental (v.g., invocação do n° 4 do art. 282 para justificar a aplicação da norma penal inconstitucional mais favorável ao argüido do que a norma repristinada);

-- Além disso, mostra-se claramente claudicante a representação do direito de acção judicial como um direito a uma sentença de mérito favorável, tudo apontando antes no sentido de que o artigo 20 da Constituição não vincula os tribunais a ‘uma obrigação-resultado (procedência do pedido) mas a uma mera obrigação-meio, isto é, a encontrar uma solução justa e legal para o conflito de interesse entre as partes’;

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

-- Acresce que, mesmo que a limitação de efeitos contrariasse o direito de acesso aos tribunais, ela seria imposta por razões jurídico-constitucionais e, por isso, a solução não poderia passar pela absoluta prevalência do interesse tutelado pelo art. 20 da Constituição, postulando ao invés uma tarefa de harmonização entre os diferentes interesse em conflito;

-- Finalmente, a admissibilidade de uma limitação de efeitos na fiscalização concreta não significa que um tribunal possa desatender, com base numa decisão puramente discricionária, a expectativa daquele que iniciou um processo jurisdicional com a consciência da inconstitucionalidade da lei que se opunha ao reconhecimento da sua pretensão. A delimitação da eficácia da decisão de inconstitucionalidade não é fruto de 'mero decisionismo' do órgão de controlo. O que se verifica é tão-somente que, à luz do ordenamento constitucional no seu todo, a pretensão do autor à não-aplicação da lei desconforme com a Constituição não tem, no caso concreto, fundamento." (Cf. Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, cit., p. 746-747)

Essas colocações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação - necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade - parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.

A questão tem relevância especial no direito português, porque, ao lado do modelo abstrato de controle, de perfil concentrado, adota a Constituição um modelo concreto de perfil incidental à semelhança do sistema americano ou brasileiro. Trata-se de herança do sistema adotado pela Constituição portuguesa de 1911.

É claro que, nesse contexto, tendo em vista os próprios fundamentos legitimadores da restrição de efeitos, poderá o Tribunal declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, fazendo, porém, a ressalva dos casos já decididos ou dos casos pendentes até um determinado momento (v.g., até a decisão *in abstracto*). É o que ocorre no sistema português, onde o Tribunal Constitucional ressalva, freqüentemente, os efeitos produzidos até à data da publicação da declaração de inconstitucionalidade no Diário da República ou, ainda, acrescenta no dispositivo que são excetuadas aquelas situações que estejam pendentes de impugnação contenciosa (Cf. Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade, cit.*, p. 748).

Essa orientação afigura-se integralmente aplicável ao sistema brasileiro.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Assim, pode-se entender que se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias. Os próprios fundamentos constitucionais legitimadores da restrição embasam a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* nos casos concretos. A inconstitucionalidade da lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado. Os casos concretos ainda não transitados em julgado não de ter o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF.

É verdade que, tendo em vista a autonomia dos processos de controle incidental ou concreto e de controle abstrato, entre nós, mostra-se possível um distanciamento temporal entre as decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia *ex nunc*). Esse fato poderá ensejar uma grande insegurança jurídica. Daí parecer razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressaltando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos *sub judice*, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Essa ressalva assenta-se em razões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica. Ressalte-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Dessa forma, tem-se, a nosso ver, uma adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão.

Aludida abordagem responde a uma outra questão intimamente vinculada a esta. Trata-se de saber se o STF poderia, ao apreciar recurso extraordinário, declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados.

Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental.

Na jurisprudência do STF pode-se identificar uma tímida tentativa, levada a efeito em 1977, no sentido de, com base na doutrina de Kelsen e em concepções desenvolvidas no direito americano, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade para o caso concreto.

Em verdade, no caso específico, considerou o Relator, Leitão de Abreu, que a matéria não comportava a aplicação da doutrina restritiva, pois, ao celebrar o negócio jurídico, o recorrido não tomara em consideração a regra posta no ato legislativo declarado inconstitucional (RTJ 82, p. 795/6). Assim, parece claro que toda argumentação desenvolvida por Leitão de Abreu, na espécie, não passa de *obiter dictum*.

Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não poderia

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

ser considerada nula, porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade, e sua aplicação continuada produziria conseqüências que não poderiam ser olvidadas. A lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso jure*, mas apenas anulável. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo. Da mesma forma que o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional, seria facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período haveria de ser considerada como fato eficaz, apto a produzir conseqüências pelo menos nas relações jurídicas entre pessoas privadas e o Poder Público. Esse seria também o caso se, com a cassação de um ato administrativo, se configurasse uma quebra da segurança jurídica e do princípio da boa-fé (RE 79.343, Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 82, p. 795).

É interessante registrar a síntese da argumentação desenvolvida por Leitão de Abreu:

"Hans Kelsen, enfrentando o problema, na sua General Theory of Law and State, inclina-se pela opinião que dá pela anulabilidade, não pela nulidade da lei inconstitucional. Consigna ele, em nota que figura à p. 160, desse livro: The void ab initio theory is not generally accepted. (Cf. for instance Chief Justice Hughes in Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank, 308, U. S. 371 (1940)). The best formulation of the problem is to be found in Wellington et al. Petitioners, 16 Piock. 87 (Mass., 1834), at 96: 'Perhaps, however, it may be well doubted whether a formal act of legislation can ever with strict legal propriety be said to be void;

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

It seems more consistent with the nature of the subject, and the principles applicable to analogous cases, to treat it as voidable'. Com base nessa orientação jurisprudencial, escreve o famoso teórico do direito: 'A decisão tomada pela autoridade competente de que algo que se apresenta como norma é nulo ab initio, porque preenche os requisitos da nulidade determinados pela ordem jurídica, é um ato constitutivo; possui um efeito legal definido; sem esse ato e antes dele o fenômeno em questão não pode ser considerado 'nulo'. Donde não se tratar de decisão 'declaratória', não constituindo, como se afigura, declaração de nulidade: é uma verdadeira anulação, uma anulação com força retroativa, pois se faz mister haver legalmente existente a que a decisão se refira. Logo o fenômeno em questão não pode ser algo nulo ab initio, isto é, o não ser legal. É preciso que esse algo seja considerado como uma força anulada com força retroativa pela decisão que a declarou nula ab initio' (Ob. cit., p. 161). Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo ab initio ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o Corpus Juris Secundum, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação de inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo" (RE 79.343, Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 82, p. 794/5).

Essa posição não provocou qualquer mudança na jurisprudência sobre a nulidade *ipso jure*. E, em verdade, é possível até que não fosse apta a provocar qualquer mudança. É que o próprio relator, Leitão de Abreu, ao julgar o RE 93.356, em 24 de março de 1981, destacou, *verbis*:

"Nos dois casos, a tese por mim sustentada pressupunha a existência de situação jurídica formalmente constituída, com base em ato praticado, de boa-fé, sob a lei que só posteriormente veio a ser

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

declarada inconstitucional. Ora, como assinala, com precisão o parecer da Procuradoria-Geral da República, não é esse o caso dos autos, pois que o poder público não chegou a reconhecer ao recorrente o direito ao cômputo do tempo de serviço, a que reporta". (RE 93.356, Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 97, p. 1.369)

Orientação semelhante já havia sido adotada no primeiro precedente (RE 79.343, Rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 82, p. 791 ss), tendo sido realçado que não havia falar-se de proteção de boa-fé, pois restara claro que, ao concluir o negócio jurídico, não tomara o recorrido em consideração a regra posta no ato legislativo posteriormente declarado inconstitucional.

Assim, talvez seja lícito dizer que Leitão de Abreu limitou-se a propor uma reflexão sobre o tema da limitação dos efeitos, no caso concreto, a ser aplicada em alguma questão apropriada. Nessa parte, as considerações por ele trazidas equivalem a simples *obiter dicta*. Ressalte-se, porém, que, se aceita a tese esposada por Leitão, ter-se-ia a possibilidade de limitação de efeitos da decisão no próprio controle incidental ou da decisão *in concreto*. Em outras palavras, o Tribunal poderia declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, com eficácia restrita, o que daria ensejo à aplicação da norma inconstitucional no caso concreto. Tanto quanto é possível depreender da argumentação desenvolvida por Leitão de Abreu, a opção por uma declaração de inconstitucionalidade com efeito limitado decorreria de critérios de conveniência ou de política judiciária, tal como admitido no direito americano.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Diferentemente da posição externada por Leitão de Abreu, entendo que o princípio da nulidade enquanto cláusula não-escrita continua a ter plena aplicação entre nós.

Não se nega, pois, caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação.

Desse modo, em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.

A aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede, assim, que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa. É o que demonstra a experiência do direito comparado, acima referida. Ao revés, a adoção de uma decisão alternativa é inerente ao modelo de controle de constitucionalidade amplo, que exige, ao lado da tradicional decisão de perfil cassatório com eficácia retroativa, também decisões de conteúdo outro, que não

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

importem, necessariamente, na eliminação direta e imediata da lei do ordenamento jurídico.

Acentue-se, desde logo, que, no direito brasileiro, jamais se aceitou a idéia de que a nulidade da lei importaria na eventual nulidade de todos os atos que com base nela viessem a ser praticados. Embora a ordem jurídica brasileira não disponha de preceitos semelhantes aos constantes do § 79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que prescreve a intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação, não se deve supor que a declaração de nulidade afete, entre nós, todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional. É verdade que o nosso ordenamento não contém regra expressa sobre o assunto, aceitando-se, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade (Cf., a propósito, RMS 17.976, Rel. Min. Amaral Santos, RTJ 55, p. 744). Concede-se, porém, proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (*Normebene*) e no plano do ato singular (*Einzelaktebene*) mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão (cf. Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 266 e s. Ver, também, Mendes, Gilmar, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, 2004, p. 305).

Assim, os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.

Vislumbra-se uma exceção expressa a esse entendimento na sentença condenatória penal, uma vez que aqui inexiste prazo, fixado pela legislação ordinária, para a propositura da revisão. Nos termos

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

do art. 621 do Código de Processo Penal, a revisão pode ser proposta a qualquer tempo se a sentença condenatória for contrária a texto expreso da lei penal. Esse fundamento abrange, inequivocamente, a sentença penal condenatória proferida com base na lei inconstitucional (HC 45.232, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, RTJ 44, p. 322 ss).

Essa constatação mostra também que a preservação de efeitos dos atos praticados com base na lei inconstitucional passa por uma decisão do legislador ordinário. É ele quem define, em última instância, a existência e os limites das fórmulas de preclusão, fixando *ipso jure* os próprios limites da idéia de retroatividade contemplada no princípio da nulidade.

Como ressaltado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal procede à diferenciação entre o plano da norma (*Normebene*) e o plano do ato concreto (*Einzelaktebene*) também para excluir a possibilidade de anulação deste em virtude da inconstitucionalidade do ato normativo que lhe dá respaldo.

Admite-se que uma das causas que pode dar ensejo à instauração da ação rescisória no âmbito do processo civil – violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC) – contempla, também, a inconstitucionalidade de uma lei na qual se fundou o juiz para proferir a decisão transitada em julgado (RMS 17.976, Rel. Min. Amaral Santos, RTJ 55, p. 744 ss; RE 86.056, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ 01.07.77).

Todavia, a rescisão de sentença proferida com base em uma lei considerada inconstitucional somente pode ser instaurada dentro do prazo de dois anos, a contar do trânsito em julgado da decisão

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

(CPC, arts. 485 e 495).

No modelo consagrado pelo § 79, (3), da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, admite-se a possibilidade de que a execução de sentença calcada em lei inconstitucional seja impugnada mediante embargos à execução (CPC alemão, § 767).

Inicialmente, a impugnação de sentença trânsita em julgado, no sistema brasileiro, somente haveria de se verificar por via de ação rescisória.

Em julgado de 13 de setembro de 1968, explicitou-se essa orientação:

"A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança (...)" (RMS 17.076, Rel. Min. Amaral Santos, RTJ 55, p. 744).

Esse entendimento foi reiterado posteriormente, enfatizando-se que a execução judicial de uma decisão transitada em julgado não pode ser obstada com a oposição de embargos, uma vez que a nulidade dessa decisão deve ser aferida do âmbito da ação rescisória (RE 86.056, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ 01.01.77). Em acórdão mais recente, ressaltou-se que *"a execução (...) está amparada no respeito à coisa julgada, que se impõe ao Juízo executante, e que impede que, sobre ela (e até que venha a ser*

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

regularmente desconstituída a sentença que lhe deu margem), tenha eficácia o acórdão posterior desta Corte" (RCL 148, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 109, p. 463).

A Medida Provisória n° 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, introduziu regra segundo a qual, para os fins de execução judicial, *"considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal"*. (art. 741, parágrafo único do CPC; art. 836, parágrafo único, CLT).

Assim sendo, ressalvada a hipótese de uma declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (art. 27, Lei n° 9.868, de 1999), a declaração de inconstitucionalidade (com eficácia *ex tunc*) em relação a sentenças já transitadas em julgado poderá ser invocada, eficazmente, tanto em ação rescisória, como nos embargos à execução.

Às vezes, invoca-se diretamente fundamento de segurança jurídica para impedir a repercussão da decisão de inconstitucionalidade sobre as situações jurídicas concretas.

Nessa linha, tem-se asseverado a legitimidade dos atos praticados por oficiais de justiça investidos na função pública por força de lei posteriormente declarada inconstitucional. No RE 79.620, da relatoria de Aliomar Baleeiro, declarou-se ser *"válida a penhora feita por agentes do Executivo, sob as ordens dos juízes, nos termos da lei estadual de São Paulo s/n°, de 3.12.71, mormente se nenhum prejuízo disso adveio para o executado"* (DJ 13.12.74; Cf., também, RE 78.809, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJ 11.10.74).

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Orientação semelhante foi firmada no RE 78.594, da relatoria de Bilac Pinto, assentando-se que, *"apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de oficial de justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido"* (DJ 04.11.74).

Em outros termos, razões de segurança jurídica podem obstar à revisão do ato praticado com base na lei declarada inconstitucional.

Registre-se ainda, por amor à completude, que a jurisprudência do STF contempla, ainda, uma peculiaridade no que se refere aos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei concessiva de vantagens a segmentos do funcionalismo, especialmente aos magistrados. Anteriormente já havia o STF afirmado que *"a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados garante, sobretudo, o direito que já nasceu e que não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo"* (RE 105.789, Rel. Min. Carlos Madeira, RTJ 118, p. 301).

Por essa razão, tal garantia superaria o próprio efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da norma (RE 105.789, Rel. Min. Carlos Madeira, RTJ 118, p. 301). Decisão publicada em 08.04.1994, também relativa à remuneração de magistrados, retrata entendimento no sentido de que a *"retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei declarada inconstitucional - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade"* (RE 122.202, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 08.04.94).

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Essa tentativa, um tanto quanto heterodoxa, de preservar as vantagens pecuniárias já pagas a servidores públicos, com base numa lei posteriormente declarada inconstitucional, parece carecer de fundamentação jurídica consistente em face da doutrina da nulidade da lei inconstitucional. Ela demonstra, ademais, que o Tribunal, na hipótese, acabou por produzir uma mitigação de efeitos com base em artifícios quase que exclusivamente retóricos. Mais apropriado seria reconhecer que, nos casos referidos, a retroatividade plena haveria de ser afastada com fundamento no princípio da segurança jurídica, que, como se sabe, também entre nós é dotado de hierarquia constitucional.

Não se afirme que, sob a Constituição de 1988, o STF teria rejeitado a possibilidade de adotar a técnica de decisão com efeitos limitados.

De forma direta, a questão da limitação dos efeitos foi colocada perante o STF, inicialmente na ADI 513, proposta contra dispositivo da Lei nº 8.134, de 1990, que instituiu índice de correção aplicável a imposições tributárias anteriormente fixadas (art. 11, parágrafo único). Célio Borja cuidou, fundamentalmente, de indagar acerca da eventual ocorrência de "excepcional interesse social" que legitimasse o afastamento do princípio da nulidade da lei inconstitucional, *verbis*:

"Alegação de só poder ter efeito ex nunc a decisão que nulifica lei que instituiu ou aumentou tributo auferido pelo tesouro e já aplicado em serviços ou obras públicas. Sua inaplicabilidade à hipótese dos autos que não cogita, exclusivamente, de tributo já integrado ao patrimônio público, mas,

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

de ingresso futuro a ser apurado na declaração anual do contribuinte e recolhido posteriormente. Também não é ela atinente a eventual restituição de imposto pago a maior, porque está prevista em lei e terá seu valor reduzido pela aplicação de coeficiente menos gravoso.

Não existe ameaça iminente à solvência do tesouro, à continuidade dos serviços públicos ou a algum bem política ou socialmente relevante, que justifique a supressão, in casu, do efeito próprio, no Brasil, do juízo de inconstitucionalidade da norma, que é a sua nulidade. É de repelir-se, portanto, a alegada ameaça de lacuna jurídica ameaçadora (bedrohliche Rechtslucke)". (ADI 513, Rel. Min. Célio Borja, RTJ 141, p. 739).

Nesses termos, ainda que Célio Borja tenha, no caso concreto sob exame, negado a ocorrência dos pressupostos aptos a afastar a incidência do princípio da nulidade da lei inconstitucional, não negou ele a legitimidade de proceder-se a uma tal ponderação.

É verdade, na ADI 1.102, julgada em 5 de outubro de 1995, Maurício Corrêa tornou manifesta sua preocupação com o problema:

"Creio não constituir-se afronta ao ordenamento constitucional exercer a Corte política judicial de conveniência, se viesse a adotar sistemática, caso por caso, para a aplicação de quais os efeitos que deveriam ser impostos, quando, como nesta hipótese, defluísse situação tal a recomendar, na salvaguarda

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscasse o dies a quo, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a data do deferimento da cautelar.

(...)

Ressalvada a minha posição pessoal quanto aos efeitos para a eficácia da decisão que, em nome da conveniência e da relevância da segurança social, seriam a partir da concessão da cautelar deferida em 9 de setembro de 1994, e acolhendo a manifestação do Procurador-Geral da República, julgo procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 1.102-2, 1.108-1 e 1.116-2, para, confirmando a liminar concedida pela maioria, declarar a inconstitucionalidade das expressões 'empresários' e 'autônomos' contidas no inciso I do artigo 22 da Lei nº 8.212, de 25 de julho de 1991." (ADI 1.102, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 17.11.95)

É expressivo, a propósito da limitação dos efeitos, o voto de Sepúlveda Pertence, *verbis*:

"De logo - a observação é de Garcia de Enterría - a conseqüente eficácia ex tunc da pronúncia de inconstitucionalidade gera, no cotidiano da Justiça Constitucional, um sério inconveniente, que é o de levar os tribunais competentes, até inconscientemente, a evitar o mais possível a declaração de invalidade da norma, à vista dos efeitos radicais sobre o passado.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

O caso presente, entretanto, não é adequado para suscitar a discussão.

O problema dramático da eficácia ex tunc da declaração de inconstitucionalidade surge, quando ela vem surpreender uma lei cuja validade, pelo menos, era 'dada de barato', e de repente, passados tempos, vem a Suprema Corte a declarar-lhe a invalidez de origem. Não é este o caso: a incidência da contribuição social sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos vem sendo questionada desde a vigência da Lei 7.787, e creio que, nas vias do controle difuso, poucas terão sido as decisões favoráveis à Previdência Social. (...)

Sou em tese favorável a que, com todos os temperamentos e contrafortes possíveis e para situações absolutamente excepcionais, se permita a ruptura do dogma da nulidade ex radice da lei inconstitucional, facultando-se ao Tribunal protrair o início da eficácia erga omnes da declaração. Mas, como aqui já se advertiu, essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade". (ADI 1.102, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 17.11.95).

Entendeu-se, portanto, quando do julgamento da ADI 1.102, que, embora aceitável, em tese, a discussão sobre a restrição de efeitos, o caso não se mostrava adequado, tendo em vista que modelo legal adotado vinha sendo sistematicamente impugnado no Judiciário, inclusive no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal.

Observe-se que, em decisão de 23 de março de 1994, no

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

juízo do HC 70.514 (Rel. Sydney Sanches, DJ 27.06.97), teve o STF oportunidade de ampliar a já complexa tessitura das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados.

Assim, o Relator, Sydney Sanches, ressaltou que a inconstitucionalidade do § 5.º do art. 5.º da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, acrescentado pela Lei nº 7.871, de 8 de novembro de 1989, não haveria de ser reconhecida, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, "ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público" (HC 70.514, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 27.06.97).

Da mesma forma pronunciou-se Moreira Alves, como se pode depreender da seguinte passagem de seu voto, no julgamento do HC 70.514:

"A única justificativa, Sr. Presidente, que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público.

Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais.

Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar".

Afigura-se, igualmente, relevante destacar o voto de Sepúlveda Pertence, que assim feriu a questão no mesmo *Habeas Corpus*:

"No Habeas Corpus 67.930, quando o Tribunal afirmou a subsistência, sob a Constituição de 88, da legitimação de qualquer do povo, independentemente de qualificação profissional e capacidade postulatória, para a impetração de habeas corpus, tive a oportunidade de realçar essa situação de fato da Defensoria Pública.

E, por isso, ao acompanhar o eminente Relator acentuei que, dada essa pobreza dos serviços da Assistência Judiciária, e até que ela venha a ser superada, a afirmação da indispensabilidade do advogado, para requerer habeas corpus, que seria o ideal, viria, na verdade, a ser um entrave de fato, à salvaguarda imediata da liberdade.

Agora, em situação inversa, também esse mesmo

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

estado de fato me leva, na linha dos votos até aqui proferidos, com exceção do voto do Ministro Marco Aurélio – a quem peço vênia –, a acompanhar o eminente Relator e rejeitar a prejudicial de inconstitucionalidade rebus sic stantibus”.

Ressalvou-se, portanto, de forma expressa, a possibilidade de que o Tribunal pudesse vir a declarar a inconstitucionalidade da disposição em apreço, uma vez que a afirmação sobre a legitimidade da norma assentava-se em uma circunstância de fato que se modifica no tempo.

Posteriormente, em 19 de maio de 1998, no Recurso Extraordinário Criminal nº 147.776, da relatoria de Sepúlveda Pertence, o tema voltou a ser agitado de forma pertinente. A ementa do acórdão revela, por si só, o significado da decisão para atual evolução das técnicas de controle de constitucionalidade:

“Ministério Público: Legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, sobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen. art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): processo de inconstitucionalização das leis.

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição – ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328.” (DJ 19.06.98)

Revela-se expressiva, para a análise do tema em discussão nestes autos, a seguinte passagem do voto de Pertence:

“O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia ex tunc; ou ainda, na hipótese

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição.

Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que gera – faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada –, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

É tipicamente o que sucede com as normas constitucionais que transferem poderes e atribuições de uma instituição preexistente para outra criada pela Constituição, mas cuja implantação real pende não apenas de legislação infraconstitucional, que lhe dê organização normativa, mas também de fatos materiais que lhe possibilitem atuação efetiva.

Isso o que se passa com a Defensoria Pública, no âmbito da União e no da maioria das Unidades da Federação.

Certo, enquanto garantia individual do pobre e correspondente dever do Poder Público, a assistência judiciária alçou-se ao plano constitucional desde o art. 141, § 35, da Constituição de 1946 e subsistiu nas cartas subseqüentes (1967, art. 150, § 32; 1969, art. 153, § 32) e na Constituição em vigor, sob a forma ampliada de 'assistência jurídica integral' (art. 5.º, LXXIV).

Entretanto, é inovação substancial do texto de

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

1988 a imposição à União e aos Estados da instituição da Defensoria Pública, organizada em carreira própria, com membros dotados da garantia constitucional da inamovibilidade e impedidos do exercício privado da advocacia.

O esboço constitucional da Defensoria Pública vem de ser desenvolvido em cores fortes pela LC 80, de 12.1.94, que, em cumprimento do art. 134 da Constituição, 'organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados'. Do diploma se infere a preocupação de assimilar, quanto possível, o estatuto da Defensoria e o dos seus agentes aos do Ministério Público: assim, a enumeração dos mesmos princípios institucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional (art. 3.º); a nomeação a termo, por dois anos, permitida uma recondução, do Defensor Público Geral da União (art. 6.º) e do Distrito Federal (art. 54); a amplitude das garantias e prerrogativas outorgadas aos Defensores Públicos, entre as quais, de particular importância, a de 'requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições' (arts. 43, X; 89, X e 128, X).

A Defensoria Pública ganhou, assim, da Constituição e da lei complementar, um equipamento institucional incomparável – em termos de adequação

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

às suas funções típicas –, ao dos agentes de outros organismos públicos – a exemplo da Procuradoria de diversos Estados –, aos quais se vinha entregando individualmente, sem que constituíssem um corpo com identidade própria, a atribuição atípica da prestação de assistência judiciária aos necessitados.

Ora, no direito pré-constitucional, o art. 68 C. Pr. Pen. – ao confiá-lo ao Ministério Público –, erigiu em modalidade específica e qualificada de assistência judiciária o patrocínio em juízo da pretensão reparatória do lesado pelo crime.

Estou em que, no contexto da Constituição de 1988, essa atribuição deva efetivamente reputar-se transferida do Ministério Público para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente.

O caso concreto é de São Paulo, onde, notoriamente, não existe Defensoria Pública, persistindo a assistência jurídica como tarefa atípica de Procuradores do Estado.

O acórdão – ainda não publicado – acabou por ser tomado nesse sentido por unanimidade, na sessão plenária de 1.6.94, com a reconsideração dos votos

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

antes proferidos em contrário.

Ora, é notório, no Estado de São Paulo a situação permanece a mesma considerada no precedente: à falta de Defensoria Pública instituída e implementada segundo os moldes da Constituição, a assistência judiciária continua a ser prestada pela Procuradoria-Geral do Estado ou, na sua falta, por advogado".

Fica evidente, pois, que o STF deu um passo significativo rumo à flexibilização das técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, introduzindo, ao lado da fórmula apodítica da declaração de inconstitucionalidade com equivalência de nulidade, o reconhecimento de um estado imperfeito, insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei ou bastante para justificar a sua aplicação provisória. Expressiva nesse sentido é a observação de Pertence, ao destacar que "o caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia extunc; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição." Daí observar, ainda, os reflexos dessa orientação no plano da segurança jurídica, ao enfatizar que essas "alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que gera – faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada –, subordina-se muitas vezes a

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

alterações da realidade fáctica que a viabilizem" (RECrIm 147.776, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.06.98)

É inegável que a opção desenvolvida pelo STF inspira-se diretamente no uso que a Corte Constitucional alemã faz do "apelo ao legislador", especialmente nas situações imperfeitas ou no "processo de inconstitucionalização". Nessas hipóteses, avalia-se, igualmente, que, tendo em vista razões de segurança jurídica, a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua preservação temporária.

Não há negar, ademais, que aceita a idéia da situação "ainda constitucional", deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento, fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o "apelo ao legislador" e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão muito próximos do prisma conceitual ou ontológico.

Essas considerações demonstram que razões de segurança jurídica podem revelar-se aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Nesses termos, resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados - segurança jurídica e excepcional interesse social - se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social (Cf., a propósito do direito português, Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, cit., p. 716).

Observe-se que sequer o argumento de que a existência de uma decisão alternativa acabaria por debilitar a aplicação da norma constitucional há de ter acolhida aqui. Como observa Garcia de Enterría, se não se aceita o pronunciamento prospectivo, não se declara a inconstitucionalidade de um número elevado de leis, permitindo que se crie um estado de *greater restraint* (Cf., Garcia de Enterría, *Justicia Constitucional*, cit., p. 13). Tudo indica, pois, que é a ausência de uma técnica alternativa à simples declaração de nulidade que pode enfraquecer a aplicação da norma constitucional.

Portanto, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

No caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente.

Anoto que, a despeito do caráter de cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado que marca o art. 282 (4), da Constituição portuguesa, a doutrina e jurisprudência entendem que a margem de escolha conferida ao Tribunal para a fixação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não legitima a adoção de decisões arbitrárias, estando condicionada pelo princípio de proporcionalidade.

A propósito, Rui Medeiros assinala que as três vertentes do princípio da proporcionalidade têm aplicação na espécie (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Peculiar relevo assume a proporcionalidade em sentido estrito na visão de Rui Medeiros:

"A proporcionalidade nesta terceira vertente tanto pode ser perspectivada pelo lado da limitação de efeitos como pelo lado da declaração de inconstitucionalidade. Tudo se reconduz, neste segundo caso, a saber se à luz do princípio da proporcionalidade as conseqüências gerais da declaração de inconstitucionalidade são ou não excessivas. Impõe-se, para o efeito, ponderação dos diferentes interesses em jogo, e, concretamente, o confronto entre interesses afectado pela lei inconstitucional e aqueles que hipoteticamente seriam sacrificados em conseqüência da declaração de

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória.

Todavia, ainda quanto a esta terceira vertente do princípio da proporcionalidade, não é constitucionalmente indiferente perspectivar o problema das conseqüências da declaração de inconstitucionalidade do lado da limitação de efeitos ou do lado da própria declaração de inconstitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade com eficácia ex tunc tem, manifestamente prioridade de aplicação. Todo o sistema de fiscalização de constitucionalidade português está orientado para a expurgação de normas inconstitucionais. É, aliás, significativa a recusa de atribuição de força obrigatória geral às decisões de não inconstitucionalidade. Não basta, pois, afirmar que "o Tribunal Constitucional deve fazer um juízo de proporcionalidade, cotejando o interesse na reafirmação da ordem jurídica -- que a eficácia ex tunc da declaração plenamente potencia - com o interesse na eliminação do factor de incerteza e de insegurança - que a retroactividade, em princípio, acarreta (Acórdão do Tribunal Constitucional n° 308/93)". É preciso acrescentar que o Tribunal Constitucional deve declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral e eficácia retroactiva e repristinatória, a menos que uma tal solução envolva o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de interesse público de excepcional relevo" (Medeiros, A Decisão de Inconstitucionalidade, cit., p. 703/704).

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

Conclusão

Considerando que, reiteradamente, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da vedação de progressão de regime nos crimes hediondos, bem como todas as possíveis repercussões que a declaração de inconstitucionalidade haveria de ter no campo civil, processual e penal, reconheço que, ante a nova orientação que se desenha, a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *ex nunc*. É que, como observa Larenz, também a justiça constitucional não se opera sob o paradigma do "*fiat justitia, pereat res publica*". Assente que se cuida de uma revisão de jurisprudência, de um autêntico "*overruling*", e entendo que o Tribunal deverá fazê-lo com eficácia restrita. E, certamente, elas não eram - nem deveriam ser consideradas - inconstitucionais, quando proferidas.

Com essas considerações, também eu, Senhor Presidente, declaro a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990. Faço isso, com efeito *ex nunc*, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999, que entendo aplicável à espécie. Ressalto que esse efeito *ex nunc* deve ser entendido como aplicável às condenações que envolvam situações ainda suscetíveis de serem submetidas ao regime de progressão.

Defiro a ordem de *habeas corpus*, para que se devolva ao juízo de origem o exame acerca do preenchimento pelo paciente das condições para a progressão de regime.

Relativamente aos outros dois aspectos abordados no presente *habeas corpus* - o enquadramento do atentado violento ao

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

pudor como crime hediondo²² e a aplicação da causa de aumento - permaneço com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

²² Já se encontra assentado na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples - Código Penal, arts. 213 e 214 - como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, caput e parágrafo único), são crimes hediondos.

Nesta assentada, não vejo razão para serem afastadas as considerações esposadas pela Ministra Ellen Gracie, no HC 81.288, julgado pelo Plenário da Corte, *verbis*:

"A Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990, ao relacionar quais os delitos considerados hediondos, foi expressa ao referir o estupro, apondo-lhe, entre parênteses, a capitulação legal: art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único. Vale dizer, foi intenção do legislador, ao utilizar-se da conjunção coordenativa aditiva, significar que são considerados hediondos: (1) o estupro em sua forma simples, que, na definição legal, corresponde a: constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça; (2) o estupro de que resulte lesão corporal de natureza grave; e (3) o estupro do qual resulte a morte da vítima.

A análise sistêmica do artigo 1° da Lei n° 8.072/90 revela a correção desta assertiva, pelo tratamento dado a outros delitos igualmente classificados entre os que merecem especial repúdio do corpo social. Assim, na extorsão (art. 158, parágrafo 2°), no roubo (art. 157, parágrafo 3°, *in fine*), na epidemia (art. 267, parágrafo 1°), o legislador delimitou a reprimenda exclusivamente para a forma qualificada. Não o fez relativamente ao delito de estupro. Assim deliberando, mostrou-se o legislador atento à efetiva gravidade deste crime, raras vezes denunciado, e que produz em suas vítimas tantas seqüelas, tão graves e de tão extensa duração. Creio ser possível afirmar, com base científica, não haja no rol do Código Penal, excetuado o próprio homicídio, outra conduta agressiva que sujeite a respectiva vítima a tamanhas conseqüências nefastas e que tanto se prolonguem no tempo.

Até mesmo a pura análise gramatical, ou literal, do dispositivo nos leva à mesma conclusão. Compõe-se a redação do inciso como segue: '*V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput, parágrafo único)*'. Vale dizer, após o *nomen juris* genérico do delito e, entre parênteses, encontra-se o número que o artigo assumiu no corpo do Código Penal. Seguem-se (e aí estão, a meu sentir, as duas palavras de cuja exata apreensão semântico/estrutural depende a perfeita interpretação de todo o artigo e o deslinde da *mens legis*), a conjunção e e o pronome sua (combinação etc)." (HC 81.288, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, DJ 25.04.03)

E concluiu magistralmente a Ministra:

"De tudo, é possível concluir que, não fora a expressa inclusão do delito, em sua forma simples, entre os que o artigo 1° da Lei n° 8.072/90 reputou hediondos, como procurei demonstrar no início deste voto, e, ainda assim, seria viável afirmar que não existe estupro do qual não resulte lesão de natureza grave.

Na lição do mestre Nelson Hungria, em caso de lesão corporal '*não se trata, como o nomen juris poderia sugerir, prima facie, apenas do mal*

Supremo Tribunal Federal

HC 85.687 / RS

É como voto.

infligido à inteireza anatômica da pessoa. Lesão corporal compreende toda e qualquer ofensa ocasionada à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico. Mesmo a desintegração da saúde mental é lesão corporal, pois a inteligência, a vontade ou a memória dizem com a atividade funcional do cérebro, que é um dos mais importantes órgãos do corpo. Não se concebe uma perturbação mental sem um dano à saúde e é inconcebível um dano à saúde sem um mal corpóreo ou uma alteração do corpo. Quer como alteração da integridade física, quer como perturbação do equilíbrio funcional do organismo (saúde), a lesão corporal resulta sempre de uma violência exercida sobre a pessoa.'

Para as Profas. Silvia Pimentel, Ana Lucia P. Schitzmeyer e Valéria Pandjarian, integrantes do Comitê LatinoAmericano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher - CLADEM e do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, "A violência sexual do estupro, enquanto violência de gênero é fenômeno praticamente universal. Contudo não é inevitável e muito menos incontrolável. Como demonstram estudos transculturais, as relações entre os sexos e as políticas dos sexos diferem radicalmente de sociedade para sociedade, sendo em muito determinadas por complexas configurações de arranjos econômicos, políticos, domésticos e ideológicos." As autoras relembram que "a polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário não se comportam de forma criativa e ativa em relação a providências que poderiam melhor garantir a efetividade do processo legal' e enfatizam a necessidade de sensibilização quanto à questão de gênero dos operadores do Direito. A esse propósito, nunca será demasiado louvar a iniciativa pioneira da Associação Internacional de Mulheres Magistradas, que, sob a dedicada coordenação da ilustre Desembargadora Shelma Lombardi de Kato, tem promovido os seminários do projeto 'Jurisprudência da Igualdade', nos quais espaço especial é reservado à divulgação e ênfase na efetiva implementação dos instrumentos internacionais a que nosso País tem apresentado pronta adesão e que têm por objetivo a garantia dos direitos da mulher, em sua acepção ampla de direitos humanos.

Ao repelir a interpretação que afasta do rol dos crimes hediondos o delito de estupro em sua forma simples, estará esta Corte dando à lei sua correta inteligência e ademais e, principalmente, sinalizando que o Estado Brasileiro, para além da simples retórica, estende proteção efetiva às mulheres e crianças vítimas de tal violência e reprime, com a severidade que a sociedade exige, os seus perpetradores."

Supremo Tribunal Federal

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 85.687-0 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
PACIENTE(S) : EDUARDO DA ROSA SILVA
IMPETRANTE(S) : EDUARDO DA ROSA SILVA
COATOR(A/S)(ES) : PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação majoritária, **indeferiu** o pedido de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Gilmar Mendes, que o deferia. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. **2ª Turma**, 17.05.2005.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto da Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador