

de drogas apreendidas, recomendável a fração de 2/3 para a redução da pena.¹⁵ No tocante ao regime prisional, deve ser destacado, desde logo, que esta Relatoria compreende que a imposição de regime fechado nos casos que envolvem a prática de delitos hediondos traduz imperativo legal - art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.072/90 - afinado com o comando constitucional expresso no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Brasileira, que goza de presunção de constitucionalidade, uma vez que ainda não existe decisão proferida em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário.¹⁶ Todavia, os Tribunais Superiores vêm, reiteradamente, decidindo no sentido da não obrigatoriedade de imposição do regime inicialmente fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar os postulados constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, pelo que, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena devem ser consideradas as peculiaridades do caso concreto, em atenção ao que dispõem os arts. 33 e 59 do Código Penal, bem como, no que tange aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, o art. 42 da Lei nº 11.343/2006.¹⁷ A propósito, os recentes julgados proferidos por ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal: (AgRg no AREsp 945.076/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017); (HC 382.881/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017); (HC 297.629/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 03/04/2017); (AgRg no AREsp 233.468/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017); (EResp 1285631/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2012, DJe 19/11/2012); (HC 133617, Relator(a):Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 23-05-2016 PUBLIC 24-05-2016); (ARE 844780, Relator(a):Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2015 PUBLIC 10-03-2015).¹⁸ Note-se que a Corte Cidadã possui como função precípua a uniformização da jurisprudência, bem como que a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em caráter incidental, do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 (HC n.º 111.840/ES) e as reiteradas decisões no mesmo sentido evidenciam a tendência jurisprudencial destes Tribunais.¹⁹ Saliente-se, ainda, a inclinação da Suprema Corte em conferir efeito transcendente às decisões proferidas, pelo Plenário, em sede de controle de constitucionalidade pela via difusa, evidenciada quando do julgamento da Reclamação nº 4335. Naquela ocasião, o ministro relator, Gilmar Mendes, após apresentar argumentos relativos ao papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, e analisar as questões relativas a repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre as decisões de outros Tribunais, a suspensão de execução da lei pelo Senado Federal - art. 52, inciso X, da Constituição da República - e o fenômeno da mutação constitucional, concluiu que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal, tendo a Suprema Corte percebido que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição, reconhecendo-se, destarte, efeito jurídico transcendente à sua decisão.²⁰ Nesse contexto, convém transcrever o seguinte excerto do voto da lavra do Ministro Gilmar Mendes, in verbis: "(...) De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso. Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988. É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988. É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia erga omnes passaram a se generalizar. A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso - notória após 1988 - deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. Nesse contexto, assume relevância a decisão que afirmou a dispensabilidade de se submeter a questão constitucional ao Plenário de qualquer Tribunal se o Supremo Tribunal já se tiver manifestado pela inconstitucionalidade do diploma. Tal como observado, essa decisão acaba por conferir uma eficácia mais ampla - talvez até mesmo um certo efeito vinculante - à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental. Essa orientação está devidamente incorporada ao direito positivo (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n.º 9.756, de 1998). No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou ao relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os recursos extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal (CPC, art. 557, § 1º A). De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental - esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias - continue a ter eficácia restrita entre as partes. Explica-se, assim, o desenvolvimento da nova orientação a propósito da decisão do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade, no contexto normativo da Constituição de 1988. A prática dos últimos anos, especialmente após o advento da Constituição de 1988, parece dar razão, pelo menos agora, a Lúcio Bittencourt, para quem a finalidade da decisão do Senado era, desde sempre, "apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos". Sem adentrar o debate sobre a correção desse entendimento no passado, não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988. Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 - publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31, (2), publicação a cargo do Ministro da Justiça). Tais decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm força de lei (Gesetzeskraft) [Lei do Bundesverfassungsgericht, § 31, (2)]. Segundo Klaus Vogel, o § 31, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã faz com que a