



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DO DISTRITO FEDERAL – UDF**  
**COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO**

**EDUARDO FRANCO VILAR**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO APRIORÍSTICA DA CONCESSÃO  
DA LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI Nº 11.343/2006 (LEI DE DROGAS)**

**BRASÍLIA - DF**

**2011**

**EDUARDO FRANCO VILAR**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO APRIORÍSTICA DA CONCESSÃO  
DA LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI Nº 11.343/2006 (LEI DE DROGAS)**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Coordenação de Direito do Centro Universitário  
do Distrito Federal - UDF, como requisito  
parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito. Orientador: José de Ribamar da Silva.

**BRASÍLIA - DF**

**2011**

Reprodução parcial permitida desde que citada a fonte.

VILAR, Eduardo Franco.

A Inconstitucionalidade da Vedação Apriorística da Concessão da Liberdade Provisória na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas)/ Eduardo Franco Vilar. – Brasília, 2011.

86 f.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador: José de Ribamar da Silva.

1. Vedação da Concessão da Liberdade Provisória. 2. Inconstitucionalidade do Art.44 da Lei 11.343/2006. I. Título

CDU

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO APRIORÍSTICA DA CONCESSÃO  
DA LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI Nº 11.343/2006 (LEI DE DROGAS)**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Coordenação de Direito do Centro Universitário  
do Distrito Federal - UDF, como requisito  
parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito. Orientador: José de Ribamar da Silva.

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

Banca Examinadora

---

Nome do Examinador  
*Titulação*  
*Instituição a qual é filiado*

---

Nome do Examinador  
*Titulação*  
*Instituição a qual é filiado*

---

Nome do Examinador  
*Titulação*  
*Instituição a qual é filiado*

Nota: \_\_\_\_\_

*Dedico ao Senhor Jesus Cristo, fonte de toda a minha energia, Autor da minha essência e solução para todos os meus questionamentos.*

*Ao meu pai (in memoriam) por ter sido instrumento de Deus para que eu auferisse o dom da vida, pelo exemplo ao esforçar-se como nobre mantenedor e pela honrosa inclinação em instruir-me no caminho do bem.*

*À minha família e a todos que amo e fazem parte da minha existência. Em toda essa jornada de experiências vocês foram a melhor parte do caminho.*

## AGRADECIMENTOS

*A minha humilde mãe pelas orações e incentivo.*

*À Lara Kelly pelo auxílio na revisão e por acalantar-me com palavras de ânimo.*

*Ao Professor José de Ribamar, por contribuir para o enriquecimento dessa pesquisa.*

*A todos que de forma direta ou mesmo indiretamente contribuíram para o deslinde deste trabalho.*

*“E conhecereis a verdade, e a verdade vos libertará”.*

*Senhor Jesus Cristo*

## RESUMO

A vedação da concessão de liberdade provisória na Lei de Drogas tem sido duramente criticada pela doutrina penal e processual penal brasileira, sendo considerada inconstitucional por sua grande parte e configurando afronta aos princípios da inocência, da ampla defesa, do contraditório, dignidade da pessoa humana e ainda do devido processo legal. É tida por alguns doutrinadores como fruto da Teoria do Direito Penal do Inimigo, teoria esta que mitiga direitos processuais ao indivíduo que não faz mais parte do Estado. O presente trabalho tem o fito de abordar a potencial inconstitucionalidade desse dispositivo, apontando para isso a evolução histórica e jurídica da prisão e da liberdade provisória, abordando o posicionamento da doutrina quanto à vedação da concessão de liberdade provisória no ordenamento jurídico brasileiro. Seu maior foco se concentra na análise da Lei 11.343/06. Utiliza-se de comparações com outras normas proibitivas de concessão de liberdade provisória como a Lei de Crimes Hediondos, Lei de Armas, Lei do Crime Organizado, Lei de Lavagem de Capitais dentre outras para traçar um paralelo com a Lei de Drogas, tendo em vista que em algumas destas leis, o STF tem declarado inconstitucional o ponto que trata da não concessão da liberdade provisória. Em especial, destaca-se a Lei de Crimes Hediondos e o Estatuto do Desarmamento que traziam texto semelhante ao da Lei de tóxicos e proibia o benefício de concessão de liberdade provisória. Discussão agora superada mediante a incidência Lei n. 11.646/07 e da ADI nº 3112/DF. Por derradeiro, discorre-se sobre a atual doutrina que questiona o tema e cita-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal diante da tendência de uma possível declaração de inconstitucionalidade do dispositivo em comento. Faz-se menção ainda à modificação estabelecida no processo penal brasileiro com o advento da Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011, nova reforma do CPP.

**Palavras-Chave:** *Vedação da Liberdade Provisória. Direito Penal do Inimigo. Lei de Drogas. Inconstitucionalidade.*



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>09</b>
<b>1 PRINCÍPIOS BÁSICOS DO PROCESSO PENAL</b> .....	<b>11</b>
1.1 CONCEITO DA PALAVRA PRINCÍPIO.....	11
1.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	12
1.3 AMPLA DEFESA.....	14
1.4 CONTRADITÓRIO .....	15
1.5 PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.....	17
<b>2 PRISÃO</b> .....	<b>21</b>
2.1 CONCEITO JURÍDICO DE PRISÃO .....	21
2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS.....	22
<b>3 ESPÉCIES DE PRISÃO</b> .....	<b>26</b>
3.1 PRISÃO PENAL .....	26
3.2 PRISÃO PROCESSUAL .....	26
<b>3.2.1 Prisão em Flagrante</b> .....	<b>27</b>
3.2.1.1 Conceito Jurídico.....	28
3.2.1.2 Modalidades de Flagrante .....	28
<b>3.2.2 Prisão Preventiva</b> .....	<b>30</b>
<b>3.2.3 Prisão Temporária</b> .....	<b>32</b>
<b>3.2.4 Prisão Administrativa</b> .....	<b>34</b>
<b>3.2.5 Prisão Especial</b> .....	<b>35</b>
<b>3.2.6 Prisão Civil</b> .....	<b>36</b>
<b>3.2.7 Prisão Decorrente de Pronúncia/Sentença Penal Condenatória</b> .....	<b>37</b>
<b>4 LIBERDADE PROVISÓRIA</b> .....	<b>38</b>
4.1 NOÇÕES GERAIS .....	38
4.2 MODALIDADES .....	39
4.3 LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS .....	41
4.4 LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI DE ARMAS.....	42
4.5 LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI DE CRIME ORGANIZADO .....	42
4.6 LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO.....	45
<b>5 DIREITO PENAL DO INIMIGO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI DE DROGAS</b> .....	<b>47</b>
5.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	47

5.2 CRÍTICAS À TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....	48
5.3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A LEI DE DROGAS .....	50
5.4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI Nº 11.343/2006 .....	53
5.5 O STF E A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS.....	60
5.6 APONTAMENTOS SOBRE A LEI Nº 12.403/2011 .....	66
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>71</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>78</b>

## INTRODUÇÃO

A regra estabelecida pelo ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade, característica do Estado Democrático de Direito, sendo que qualquer tipo de privação de liberdade, seja ela prisão como forma de cumprimento de pena ou prisão cautelar, será medida de caráter procedimental excepcional que visa garantir o bom andamento do processo ou a aplicação adequada da pena definitiva.

No direito brasileiro existem hipóteses em que o Legislador, com o objetivo de garantir a ordem pública, a harmonia e o equilíbrio entre o Estado e seus súditos, editou dispositivos que vedam a concessão da liberdade provisória em algumas situações.

Este é o caso da norma proferida na Lei de Drogas, que veda em seu art. 44, a concessão da liberdade provisória no crime de tráfico de entorpecentes. Entretanto, a doutrina vem questionando este dispositivo alegando que fere os princípios norteadores do Processo Penal e inclusive a dignidade da pessoa humana.

O objetivo do presente trabalho é analisar a possível inconstitucionalidade da vedação da concessão da liberdade provisória no ordenamento brasileiro, em especial, na Lei de Drogas.

A problemática gira em torno do questionamento doutrinário que afirma ser o artigo de lei em comento ilegal, pois, além de ferir o princípio da liberdade como regra, tem caráter puramente punitivista. Alega boa parte da doutrina e, inclusive, da jurisprudência, que a determinação do dispositivo mencionado gera uma afronta à Carta Máxima Brasileira por descumprir princípios a ela inerentes.

Além disso, questiona-se a simetria da norma, pois, o sujeito que se amolda ao tipo penal das penas incursas no crime hediondo, homicídio, estupro, tortura etc., pode aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória em liberdade, vindo a desfrutar da concessão da liberdade provisória. E o acusado de envolvimento em tráfico de drogas não tem direito à concessão desse mesmo benefício? O crime de tráfico de entorpecentes não é espécie de crime hediondo? A liberdade provisória anteriormente proibida na Lei de Armas e na Lei de Crimes Hediondos não foi suprimida? Por que permanece nos crimes de tráfico? Enfim, essa é a celeuma que gira em torno da vedação da concessão da liberdade provisória.

O tema se faz importante na medida em que é motivo de elevada demanda em todas as esferas do Judiciário. É amplamente discutido pelos mais renomados doutrinadores do Direito Processual Penal e, inclusive, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A fim de esclarecer tais questionamentos, utilizou-se ampla pesquisa bibliográfica, buscando o entendimento de doutrinadores nacionais e internacionais e da jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, abordam-se os aspectos gerais discorrendo-se sobre os principais princípios que envolvem o processo penal, logo após, a análise histórica e jurídica da pena e formas de prisão. Em seguida, serão discutidos os pressupostos da prisão preventiva e suas modalidades.

Por fim, cuida-se da inconstitucionalidade da vedação da concessão de liberdade provisória na lei de tráfico de drogas, abordando sua relação com o Direito Penal do Inimigo, além do posicionamento doutrinário e a jurisprudência do STF sobre a matéria. E encerra-se o desenvolvimento do trabalho com apontamentos sobre Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011 que trata da nova reforma do CPP a qual foi editada após a conclusão da presente pesquisa.

## 1 PRINCÍPIOS BÁSICOS DO PROCESSO PENAL

Todo ordenamento em que haja preceitos, sejam eles jurídicos ou eclesiásticos, é alicerçado em princípios, assim, é imperioso discorrer, nesta apresentação, sobre alguns dos princípios penais, seus conceitos, origem e natureza jurídica, visando atingir o objetivo que é abranger o sistema de prisão e a liberdade provisória da atual legislação brasileira.

### 1.1 CONCEITO DA PALAVRA PRINCÍPIO

Em seu sentido etimológico, a palavra princípio é definida pelo Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa como “momento ou local ou trecho em que algo tem origem; Causa Primária; elemento predominante na constituição de um corpo orgânico”.<sup>1</sup>

No sentido jurídico Paulo Rangel, citando os ensinamentos de Paulo Bonavides, afirmou que:

A ideia de princípio deriva de geometria, onde designa as verdades primeiras; logo, diz o jurista, são princípios, ou seja, porque estão ao princípio sendo as primícias de todo um sistema que se desenvolve more geométrico.<sup>2</sup>

Acrescenta ainda Rangel:

Desta forma, os princípios que regem o direito processual (penal), constituem o marco inicial da construção de toda dogmática jurídico-processual (penal), sem desmerecer e reconhecer os princípios gerais do direito que lhe antecedem. Porém, nosso escopo são aqueles.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Básico de Língua Portuguesa**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1393.

<sup>2</sup> BENAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional Positivo. 5 ed., p. 328 Apud RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 3.

<sup>3</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 3.

Ainda, José Eulálio Figueiredo, referindo-se ao conceito de princípio, cita os vocábulos de Plácido e Silva, alegando que Princípio é, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa. <sup>4</sup>

Conceitua ainda o autor afirmando que “Princípios, no sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base ou como alicerce de alguma coisa” .<sup>5</sup>

## 1.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal é considerado o princípio mor do ordenamento jurídico brasileiro. Com status constitucional serve de base para os demais, incluindo princípios de outras searas que não as do Direito Penal, dentre elas; a Administrativa e a Cível. <sup>6</sup>

O devido processo legal, do inglês *due process of Law*, é um instituto jurídico originado do direito anglo-saxão. É proveniente de um sistema oriundo das tradições romanas e germanas.

Esse princípio assegurava que o ato praticado pela autoridade deveria seguir todas as etapas previstas pela lei para que tivesse plena eficácia. Sua origem retoma o ano de 1215 com a instituição da primeira constituição: a Carta Magna do Rei João “Sem Terra”. <sup>7</sup>

André Albuquerque faz menção à primeira Carta Constitucional apontando o artigo que tratava do princípio do devido processo legal:

A carta magna de 1215, até então escrita em latim para que o povo não tivesse conhecimento do seu conteúdo, dispunha em seu capítulo 39 a seguinte norma: “*Ne corpus liberi hominis capiatur nec imprisonetur nec disseisiatur nec autlagetur nec exuleter, nec aliquo modo destruat, nec rex eat vel mittat super eum vi, nisi per iudicium parium suorum, vel per legem terrae*”, ou seja, “nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão ou

---

<sup>4</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Breves anotações sobre o princípio da ampla defesa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3166>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

<sup>5</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Breves anotações sobre o princípio da ampla defesa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3166>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

<sup>6</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 5.

<sup>7</sup> ALBUQUERQUE, André. **Due Process Of Law: Influências Anglo-saxônicas no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2656/Due-Process-Of-Law-Influencias-Anglo-saxonicas-no-Ordenamento-Juridico-Brasileiro>> Acesso em: 28 mar. 2011.

privado de seus bens ou colocado fora da lei ou exilado ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com as leis da terra.<sup>8</sup>

Por força constitucional, o princípio do devido processo legal, erigido à categoria de norma pétrea está previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, e assevera que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.<sup>9</sup>

Incorporado como instituto da carta constitucional, o princípio do devido processo legal é protegido como norma fundamental, assim, sobre a importância dos princípios jurídicos fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho pontua que:

Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.<sup>10</sup>

Paulo Rangel, ao discorrer sobre o princípio do devido processo legal, afiança que “o devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual e todos os demais princípios derivam dele”.<sup>11</sup>

Para Tourinho Filho o devido processo legal tem importância extraterritorial, é norteador de todos os demais princípios e tem relação com os direitos e garantias constitucionais, senão veja-se:

Este é o devido processo legal, hoje incorporado não apenas a nossa lei maior, mas em todas as constituições dos Estados contemporâneos. O devido processo legal, por óbvio, relaciona-se com uma série de direitos e garantias constitucionais, tais como presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, direito de ser citado e de ser intimado de todas as decisões que compõem recurso, ampla defesa, contraditório, publicidade, juiz natural, imparcialidade do julgador, direito às vias recursais, proibição da *reformatio in pejus*, respeito à coisa julgada, *ne bis in idem*, proibição de provas colhidas ilícitamente, motivação das sentenças, celeridade processual,

---

<sup>8</sup> ALBUQUERQUE, André. **Due Process Of Law: Influências Anglo-saxônicas no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2656/Due-Process-Of-Law-Influencias-Anglo-saxonicas-no-Ordenamento-Juridico-Brasileiro>> Acesso em: 28 mar. 2011.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra – Portugal, Ed. Livraria Almedina, 1.ª ed., 1997, p. 1.038.

<sup>11</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 5.

retroatividade da lei penal benigna, dignidade da pessoa humana, integridade física, liberdade e igualdade.<sup>12</sup>

Assim, o devido processo legal é corolário de toda a legalidade no processo penal e não se restringe somente a um mero princípio de direito, mas é fundamento constitucional norteador dos demais princípios do direito penal.

### 1.3 AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa encontra-se consagrado na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, e inciso LV. Preceitua que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.<sup>13</sup>

Princípio inerente ao direito natural de defesa tem suas raízes nos primeiros discursos e debates em que o homem careceu de defesa e de justificar-se das acusações a ele impostas.

Discorrendo sobre o princípio da ampla defesa e de suas origens, José Eulálio Figueiredo de Almeida anotou que:

A noção de ampla defesa remonta às priscas eras, posto ser da natureza humana a inconformação. Bem conhecido, por isso, o exemplo bíblico do julgamento de Adão, onde, neste caso, o próprio Deus concedeu-lhe o direito de defesa, ao aduzir ‘*Adam, ubi es?*’ Surgia, com isso, já no paraíso, segundo o jurista Afonso Fraga, citado por Tourinho Filho, o instituto da citação. Acrescento que, seguido daquele ato, veio o interrogatório do primeiro homem e sua defesa, tudo na forma oral, dando a entender que, no começo, a jurisdição se orientava pelo princípio da oralidade.<sup>14</sup>

Continua ainda o autor:

Rica em exemplos, a bíblia também narra o caso em que o evangelista Paulo, após ser preso e levado à enxovia, exige o direito à ampla defesa, por ser cidadão romano. Para que não passe despercebido, tenha-se em mente que nos dois exemplos bíblicos se encontra evidente a presença do

---

<sup>12</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.26.

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

<sup>14</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Breves anotações sobre o princípio da ampla defesa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3166>>. Acesso em: 29 mar. 2011.



devido processo legal, como pressuposto necessário para a imposição da medida que se persegue.<sup>15</sup>

O mesmo autor define ampla defesa como direito constitucional subjetivo do indivíduo de postular em juízo conforme se segue:

Numa concepção primária, trata-se a ampla defesa de direito constitucional processual assegurado ao réu subjetivamente. Por esse postulado, a parte que figura no pólo passivo da relação processual exige do Estado-Juiz, a quem compete a prestação da tutela jurisdicional, o direito de ser ouvida, de apresentar suas razões e de contra-argumentar as alegações do demandante, a fim de elidir a pretensão deduzida em juízo.<sup>16</sup>

Ainda sobre a definição de ampla defesa assevera:

A ampla defesa é garantia do demandado inerente ao Estado de Direito. Mesmo quando se está diante de regime de exceção, a noção desse instituto não desaparece porque é algo que se encontra arraigado ao ser humano, é uma necessidade inata do indivíduo, é algo que resulta do próprio instinto de defesa que orienta todo ser vivo.<sup>17</sup>

Conforme alguns autores, a ampla defesa também tem natureza jurídica distinta do contraditório. Sobre esta distinção preleciona Isan Almeida Lima ao citar Didier Junior, veja-se:

Sobre o princípio da ampla defesa, igualmente mencionado no texto constitucional, apesar da comum utilização como expressão sinônima do princípio do contraditório, isso não é o mais correto. A ampla defesa nada mais é do que a aplicação do aspecto substancial do princípio do contraditório, 'consistindo nos meios adequados para o exercício do adequado contraditório'. É, portanto, menos ampla que aquele. O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Breves anotações sobre o princípio da ampla defesa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3166>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

<sup>16</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Breves anotações sobre o princípio da ampla defesa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3166>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

<sup>17</sup> ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Breves anotações sobre o princípio da ampla defesa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3166>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

<sup>18</sup> LIMA, Isan Almeida. **Limites jurídicos ao princípio da informalidade no processo do trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2490, 26 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14738>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

Em suma, decorrente lógico do princípio do devido processo legal, a ampla defesa é direito subjetivo de se defender, por meio de todos os procedimentos lícitos, em processos judiciais e/ou administrativos e em todas as instâncias em que ocorram litígios entre os particulares ou entre estes e o Estado Juiz.

#### 1.4 CONTRADITÓRIO

Assim como o princípio da ampla defesa o princípio do contraditório decorre da mesma norma constitucional e é, também, corolário do princípio do devido processo legal. Sua base normativa decorre do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que declara: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente”.<sup>19</sup>

Discorrendo sobre o princípio do contraditório, Fernando da Costa Tourinho Filho esclarece que:

A todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ,ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte *ex adversa*. Assim, se o acusado requer a juntada de um documento, a parte contrária tem o direito de se manifestar a respeito. E vice-versa.<sup>20</sup>

Paulo Rangel vai além, e ensina que não só a constituição da república, mas a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8º, garante o direito ao contraditório nos seguintes termos:

[...] Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

<sup>20</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21.

<sup>21</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 16.

Isan Almeida Lima, ao citar Nery Junior, define o princípio do contraditório como garantia das partes, para invocar ao seu favor o direito de alguma pretensão material:

O princípio do contraditório é uma garantia das partes e, dessa forma, é aplicável às partes do processo em sentido amplo, englobando tanto o autor, o réu e os terceiros que, eventualmente, sejam partes no processo, bem como o ministério público, ainda que como fiscal da lei. Em síntese, todos aqueles que tenham uma pretensão de direito material a ser deduzida no processo, podem invocar em seu favor o princípio do contraditório.<sup>22</sup>

Já na lição de Julio Fabbrini Mirabete<sup>23</sup>, o princípio do devido processo legal, ou da bilateralidade da audiência “é garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado”.

Afirma ainda Julio Fabbrini Mirabete que:

Do princípio do contraditório decorre a igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, e a liberdade processual, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar as provas que lhe convenham etc.<sup>24</sup>

Neste contexto, é seguro afirmar que o princípio do contraditório é a garantia de aplicação da “igualdade de armas” entre as partes, criando a possibilidade da produção idêntica de condições, provas e pretensões entre os integrantes de um litígio, com o objetivo de promover a ampla defesa.

## 1.5 PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência teve suas raízes no movimento iluminista, sendo consagrado no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Surgiu da necessidade de combater o sistema processual penal inquisitorial instituído por Roma que tinha vigência desde o século XII.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> LIMA, Isan Almeida. **Limites jurídicos ao princípio da informalidade no processo do trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2490, 26 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14738>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

<sup>23</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 24.

<sup>24</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 24.

<sup>25</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 24.

Com o objetivo de proteger o cidadão da arbitrariedade do Estado <sup>26</sup>, os Franceses, em Paris, na data de 26/8/1789, incentivados pelos novos ideais de justiça e de liberdade do período que ficou conhecido como “Século das Luzes”, declararam que “todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei”.<sup>27</sup>

Este princípio posteriormente foi proclamado pela Assembleia das Nações Unidas, outra vez em Paris, na data de 10/12/1948. Veja-se:

Art. 11. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa <sup>28</sup>.

Também, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto São José da Costa Rica - em seu art. 8º, 2, assegura que : “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.<sup>29</sup>

Dispõe o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".<sup>30</sup>

Mirabete<sup>31</sup> ao discorrer sobre o texto constitucional define o princípio da inocência como consequência direta do princípio do devido processo legal, e acentua que na doutrina e nas legislações este princípio é denominado princípio da “presunção de inocência”.

O autor aponta ainda a nova doutrina quanto à definição do princípio da inocência e questiona a terminologia atual de “presunção de inocência” afirmando

---

<sup>26</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 24.

<sup>27</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 29.

<sup>28</sup> BRASIL, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)> Acesso em: 29 mar. 2011.

<sup>29</sup> BRASIL, **Convenção Americana de Direitos Humanos 1969 ( Pacto de San José da Costa Rica)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 29 mar 2011.

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

<sup>31</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 22.

que: “o estado de inocência nada mais é que um estado jurídico de inocência no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado”.<sup>32</sup>

Dessa forma, Mirabete assevera que a Constituição de 1988 não presume a inocência do acusado, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença, ou seja, que o acusado é inocente durante o processo e só será considerado culpado após a sentença final. Assim, a melhor terminologia aplicada ao princípio em voga seria “princípio da não culpabilidade”.<sup>33</sup>

Viviani Gianine Nikitenko, discorreu simploriamente sobre o princípio da inocência nos seguintes termos:

O princípio da presunção de inocência encontra variações em sua definição, alguns chamam-no de princípio do estado de inocência, sendo que a expressão mais utilizada atualmente é princípio da presunção constitucional de não-culpabilidade<sup>34</sup>.

Paulo Rangel segue o raciocínio de Mirabete e afirma que a Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e desenvolve o seguinte comentário: “Não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois, se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também, não pode ser presumidamente inocente”.<sup>35</sup>

Completa ainda o autor: “uma coisa é a certeza da culpa, outra bem diferente é a presunção da culpa. Ou se preferirem, a certeza de inocência ou a presunção de inocência”.<sup>36</sup>

Neste sentido também afiança Simone Schreiber. Veja-se:

Não está dito no texto constitucional que todo o homem se presumirá inocente, até que seja condenado, mas sim que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em vista disso, não se estaria consagrando propriamente o princípio da presunção

---

<sup>32</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 23.

<sup>33</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 23.

<sup>34</sup> NIKITENKO, Viviani Gianine. **Aspectos do Princípio da Presunção de Inocência e do Princípio In Dubio Pro Reo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1079, 15 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8513>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

<sup>35</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 24.

<sup>36</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 25.

da inocência, mas sim o da desconsideração prévia da culpabilidade, de aplicação mais restrita.<sup>37</sup>

Outra corrente assegura que o princípio da inocência deve ser seguido à risca e enquanto não definitivamente condenado presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de prisão cautelar. É o que afirma Paulo Rangel<sup>38</sup> sobre o posicionamento de Tourinho Filho quanto ao princípio da inocência:

O mestre acima citado, verdadeiro papa do processo penal moderno, entende que a presunção de inocência, elevada a dogma constitucional, revoga os art. 594 (revogado pela Lei 11.719/08), 393, I CPP, o art.35 da Lei 6.368/76 (revogada pela Lei 11.343/2006) e o § 2º do art. 2º da Lei n º 8.072/90, pois, se o réu não pode ser considerado culpado antes de transitar em julgado a sentença condenatória pela instância superior, por que prendê-lo?<sup>39</sup>

Embora ambas as teorias se divirjam quanto a apontar a propriedade ou a impropriedade das terminologias aplicadas, ou ainda se o termo constitucional se refere à não culpabilidade, ou seja, não se presume culpado, ou presunção da inocência, ou seja, presume-se o réu inocente, o fato é que o princípio ora discutido tem força constitucional e extra constitucional sendo aplicado à legislação penal e processual penal Brasileira.

---

<sup>37</sup> SCHREIBER, Simone. **O princípio da presunção de inocência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/autor/simone-schreiber> .Acesso em: 27 mar. 2011.

<sup>38</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1997 Apud RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 24.

<sup>39</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1997 Apud RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 24.

## 2 PRISÃO

Ao discorrer sobre liberdade provisória, suas espécies, hipóteses de concessão, relação com o atual sistema jurídico e demais institutos pertinentes ao tema se faz necessária uma análise preliminar da definição de prisão, abordando seus aspectos históricos e jurídicos ao longo da evolução do homem.

### 2.1 CONCEITO JURÍDICO DE PRISÃO

O conceito jurídico de prisão dispensa a interpretação etimológica da palavra, sendo suficiente para dar subsídios ao estudo apresentado.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete “a prisão em seu sentido jurídico é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal”. O autor ainda traz outros sinônimos para o termo prisão, quais sejam: pena privativa de liberdade; captura e custódia.<sup>40</sup>

José Ribamar da Silva, em seu trabalho acadêmico para obtenção do título de Especialista, cita os vocábulos de Agamenon Bento do Amaral para definir juridicamente prisão nos seguintes termos:

No sentido penal, a prisão constitui instrumento coercitivo estatal decorrente da aplicação de uma sanção penal transitada em julgado.  
E no sentido processual, a prisão constitui instrumento cautelar de que se vale o juiz no processo para impedir novos delitos pelo acusado, aplicar a sanção penal ou para evitar a fuga do processado, além de outros motivos e circunstâncias ocorrentes em cada caso concreto.<sup>41</sup>

Já Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>42</sup> traz uma acepção mais simplória, ao definir prisão “como privação mais ou menos intensa da liberdade de ir e vir”.

Assim, é de extrema notoriedade que apesar da diversidade de definições doutrinárias para o instituto da prisão, todos os conceitos jurídicos de prisão aqui expostos não deixam de ter em seu fundamento principal a conotação de privação

---

<sup>40</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 361.

<sup>41</sup> SILVA, José Ribamar da. **Prisão: Ressocializar Para Não Reincidir**. Curitiba: 2003. Disponível em: <[http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia\\_joseribamar.pdf](http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf)>. Acesso em: 23 mar.2011.

<sup>42</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva 2006, p. 582.

da liberdade como forma de penalidade, de coerção ou de procedimento acautelatório.

## 2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Nos primeiros dias da história secular a ideia de privação da liberdade, através do sistema de prisões, não trazia a mesma conotação penalizadora dos dias atuais, visto que, àquela época, a prisão era mera forma de contenção do indivíduo e tinha o intuito de preservá-lo fisicamente até o momento do julgamento e execução das verdadeiras penas existentes, dentre elas, as de mutilações; penas infamantes; açoites e a pena de morte.<sup>43</sup>

Cesar Roberto Bitencourt, discorrendo sobre a historicidade e evolução da pena de prisão, asseverou que: “os vestígios que nos chegam dos povos e civilizações mais antigos (Egito, Pérsia, Grécia etc.) coincidem com a finalidade que atribuíam primitivamente à prisão: lugar de custódia e de tortura”.<sup>44</sup>

Na idade média o objetivo da lei penal consistiu unicamente em espalhar o terror coletivo. Os indivíduos eram submetidos ao arbítrio dos governantes que impunham as penalidades de acordo com a sorte e o status social a qual pertencia o acusado.<sup>45</sup>

Nessa época as prisões existentes eram distribuídas entre encarceramentos subterrâneos, calabouços em palácios e nas fortalezas, onde todos os tipos de indivíduos, mulheres, velhos e crianças, aguardavam a morte.

Discorrendo sobre o tema, Cesar Bitencourt retratou a ideia que se apresentava à época sobre a privação da liberdade nos seguintes termos:

Durante todo o período da idade média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece. Há, nesse período, um claro predomínio do direito germânico. A privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial, aplicáveis àqueles que seriam submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de

---

<sup>43</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva 2004, p. 4.

<sup>44</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva 2004, p. 5.

<sup>45</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva 2004, p. 5.



carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões deste período histórico.<sup>46</sup>

Na idade moderna, entre os séculos XVI e XVII a crise socioeconômica motivada pelas guerras religiosas espalhou-se pela Europa e trouxe um novo norte ao conceito de prisão. A pobreza e a delinquência alastraram-se de forma descontrolada, e, em face do elevado número de infratores, já não era adequada a política de contenção criminal da época, baseada na aplicação da pena de morte.<sup>47</sup>

O poder do Estado estava ameaçado, assim, em meados do século XVI, com a evolução das penas privativas de liberdade, iniciou-se um movimento que culminou na construção de prisões que suportassem os condenados.

O Rei da Inglaterra atendeu ao pedido do clero inglês que, com o fundamento de que a mendicância em Londres havia alcançado índices alarmantes, autorizou a utilização do Castelo de *Bridwell*, o qual seria empregado como prisão para mendigos, pobres e pequenos infratores.<sup>48</sup>

A partir deste ponto, foram criadas outras casas de custódias para jovens, homens e mulheres denominadas *bridwells* - casas de correção - e *workhouses*, - casas de trabalho - entre os anos de 1575 e 1600.<sup>49</sup>

Em 1656, foi criada a primeira instituição para infratores e mendigos; posteriormente, em 1667, na cidade de Florença, fundou-se o *Hospício de San Felipe Néri* para crianças e jovens infratores; culminando em 1703 com a fundação da *Casa de Correção de São Miguel* na cidade de Roma, a qual trazia o objetivo de disciplinar jovens delinquentes por meio de isolamento e trabalho.<sup>50</sup>

Entre os anos de 1787 e 1788 foi construída no Brasil, na Província de São Paulo, a primeira cadeia destinada a recolher criminosos para aguardar a

---

<sup>46</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva 2004, p. 9.

<sup>47</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva 2004, p. 15.

<sup>48</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva 2004, p. 16.

<sup>49</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva 2004, p. 16.

<sup>50</sup> TOMÉ PRACIANO, Elisabeba Rebouças. **O Direito de Punir na Constituição de 1988 e os Reflexos na Execução da Pena Privativa de Liberdade**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Antônio Albuquerque de Menezes. Fortaleza, 2007.

execução de penas a eles impostas. Neste período, influenciados pelas ideias iluministas recepcionadas pela constituição imperial, foram estabelecidas, pelo código criminal de 1830, a prisão simples e a prisão trabalho como pena.<sup>51</sup>

Tendo em vista a composição física caótica apresentada pelas prisões daquela época foram criadas estruturas chamadas *panópticos* que consistiam em construções circulares onde os presos eram observados de uma torre central, promovendo maior segurança e controle destes estabelecimentos penais. Neste contexto lançou-se a ideia de se criar uma instalação própria para que os presos fossem mantidos sem perder a condição humana e cumprir as penas a eles aplicadas sem afastar a finalidade preventiva da prisão.<sup>52</sup>

Assim, baseado no modelo eclesiástico de prisão, que isolava os religiosos para que houvesse a penitência dos crimes cometidos, foram criados estabelecimentos punitivos que passaram a se chamar penitenciária.<sup>53</sup>

A evolução da prisão é umbilicalmente ligada à evolução do homem a quem ela contém. Conforme afirmado inicialmente, o caráter prisional não era de pena, mas apenas acautelatório. Com o passar dos tempos e na medida em que o homem e seus direitos evoluíram, as penas os seguiram, passou-se a prisão a ter natureza jurídica de pena. Nos dias atuais, surge outro marco delimitador da evolução da pena: a ideia da prisão virtual.

No Brasil foi instituída esta modalidade de cumprimento de pena através da Lei nº 12.258/2010. O monitoramento eletrônico do preso consiste na utilização de sistemas avançados de vigilância, dos quais, para o caso em espécie, são utilizados pulseiras, tornozeleiras, cintos ou chips implantados sob a pele, estes, ligados a uma central de controle podem informar a localização do monitorado em

---

<sup>51</sup> TOMÉ PRACIANO, Elisabeba Rebouças. **O Direito de Punir na Constituição de 1988 e os Reflexos na Execução da Pena Privativa de Liberdade**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Antônio Albuquerque de Menezes. Fortaleza, 2007.

<sup>52</sup> TOMÉ PRACIANO, Elisabeba Rebouças. **O Direito de Punir na Constituição de 1988 e os Reflexos na Execução da Pena Privativa de Liberdade**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Antônio Albuquerque de Menezes. Fortaleza, 2007.

<sup>53</sup> TOMÉ PRACIANO, Elisabeba Rebouças. **O Direito de Punir na Constituição de 1988 e os Reflexos na Execução da Pena Privativa de Liberdade**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Antônio Albuquerque de Menezes. Fortaleza, 2007.

tempo real. Esse tipo de controle carcerário já é utilizado em outros países, em especial nos Estados Unidos.<sup>54</sup>

Tourinho Neto<sup>55</sup> discorre sobre o futuro do sistema carcerário pátrio destacando o monitoramento eletrônico de presos como medida futurística tendente a modificar o atual sistema convencional de prisão. Veja-se:

Para reduzir a massa carcerária, o mundo tem de buscar os ensinamentos da tecnociência, valendo-se do monitoramento eletrônico por telefonia fixa ou celular em rede de fibra ótica, do Sistema de Posicionamento Global (GPS) e do microship, implantado na camada subcutânea do corpo humano — entre a derme e a epiderme, para vigiar e monitorar os presos. O controle poderá ser total, mais do que nas penitenciárias. [...]

Acentua ainda o autor:

O monitoramento evita as deletérias consequências das prisões, com suas promiscuidades, más condições de higiene, evita a ociosidade — mente desocupada é fonte de maus pensamentos. A falta de vagas faz com que os presos, como é de todos sabido, se amontoem em pequenos espaços, vivendo como animais. [...]

E finaliza dizendo:

Não pode, porém, haver uma devassa da intimidade secreta do infrator, aquela esfera em que o indivíduo não reparte com ninguém, nem com seus entes mais queridos. A prisão virtual será a prisão do futuro, de um futuro não muito longe.<sup>56</sup>

Assim, a evolução histórica da prisão tem seu marco inicial no encarceramento como forma de contenção de indivíduos para futura aplicação de castigos ou da pena de morte. Posteriormente, foi transformada em forma de cumprimento de pena, e agora, nos atuais dias, a prisão deixa de ter paredes sólidas e passa a ser meio de cumprimento da pena restritiva de liberdade por instrumentos tecnológicos e virtuais.

---

<sup>54</sup> OLIVEIRA, Edmundo. **Direito Penal do Futuro: a prisão virtual**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

<sup>55</sup> TOURINHO NETO, **Fernando da Costa. Prisão Virtual**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v. 21, n. 9, p. 57-58, set. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25237>>. Acesso em: 21 mar. 2011.

<sup>56</sup> TOURINHO NETO, **Fernando da Costa. Prisão Virtual**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v. 21, n. 9, p. 57-58, set. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25237>>. Acesso em: 21 mar. 2011.

### 3. ESPÉCIES DE PRISÃO

Ainda que o conceito etimológico e jurídico de prisão apontem para a privação de liberdade do direito de ir e vir, ou conceitue prisão como forma de cumprimento de pena, é importante pontuar que este instituto é subdividido pelo ordenamento jurídico e pela doutrina em espécies.

As modalidades de prisão são determinadas de acordo com a natureza e momento em que se encontra o processo.

Quanto ao momento, pode-se destacar a prisão penal (após a sentença condenatória) e processual (antes ou durante a apuração penal). Quanto à natureza, poderá ocorrer a prisão no âmbito penal, civil, militar ou administrativa.

#### 3.1 PRISÃO PENAL

Conforme pontuado anteriormente a prisão penal propriamente dita ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Julio Fabbrini Mirabete<sup>57</sup> traz essa definição e acentua que a prisão penal ou “prisão pena” tem a finalidade repressiva, diferente da prisão processual que pode ocorrer antes da sentença condenatória e tem natureza cautelar.

Nas palavras de Tourinho filho<sup>58</sup> a definição de prisão penal abraçou o mesmo raciocínio de Mirabete e é definida como aquela que decorre de sentença condenatória. Portanto, prisão com pena. Diferente da prisão sem condenação, prisão sem pena.

#### 3.2 PRISÃO PROCESSUAL

A prisão processual envolve todos os tipos de prisões cautelares e provisórias. É definida pela doutrina como prisão de caráter meramente instrumental, ou seja, não tem caráter de pena.

---

<sup>57</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 361.

<sup>58</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva 2006, p. 582.

Julio Fabbrini Mirabete, ao discorrer sobre a prisão processual acentua que:

A prisão processual, também chamada de provisória, é a prisão cautelar, em sentido amplo, incluindo a prisão em flagrante (arts.301 a 310), a prisão preventiva (arts.311 a 316), a prisão resultante de pronúncia ( arts. 282 a 408, § 1º), a prisão resultante de sentença penal condenatória (art. 393,I) e a prisão temporária ( Lei nº 7.960, de 21-12-89)<sup>59</sup>.

Daniella Parra Pedroso Yoshikawa segue a mesma linha doutrinária e complementa:

Prisão processual é uma prisão provisória, realizada em caráter excepcional, tanto que sua natureza é de prisão acautelatória e instrumental, ou seja, decorre da necessidade de preservar a efetividade do processo penal e o fim por este buscado, qual seja condenar o culpado e garantir a segurança da sociedade ameaçada pelo mal da infração. Tendo em vista a provisoriedade da prisão cautelar, deve ser sempre entendida como um fenômeno excepcional, por isso sua aplicação somente será admitida ante requisitos rigorosamente comprovados e, assim, capazes de excepcionar a regra constitucional da presunção de inocência. Dessa forma a prisão processual deverá ser decretada pela autoridade judiciária competente em decisão devidamente fundamentada, nos seguintes casos:

- a) prisão em flagrante (artigos 301 a 310 do CPP.);
- b) prisão preventiva (artigos 311 a 316 do CPP.);
- c) prisão temporária (Lei nº. 7.960/89);
- d) prisão decorrente de sentença de pronúncia (artigos 282 e 408, 1º do CPP.)<sup>60</sup>

### 3.2.1 Prisão em Flagrante

A prisão em flagrante é forma de autodefesa da sociedade, sendo Instituto que consiste na restrição da liberdade do indivíduo independente de ordem judicial. Possui natureza cautelar e é admitida desde que se esteja cometendo ou tenha acabado de cometer uma infração penal ou esteja em situação análoga às previstas nos incisos III e IV, do Art. 302, do CPP. <sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 361.

<sup>60</sup> PEDROSO YOSHIKAWA, Daniella Parra. **O que se entende por prisão processual?** Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2537638/o-que-se-entende-por-prisao-processua> > Acesso em: 05 mai. 2011.

<sup>61</sup> BARROSO, JORGE. **Anotações aos Direitos Individuais IV**. Disponível em: < [http://www.jorgebarroso.pro.br/index.php?option=com\\_content&task=blogcategory&id=24&Itemid=48&limit=9&limitstart=9](http://www.jorgebarroso.pro.br/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=24&Itemid=48&limit=9&limitstart=9) > Acesso em: 26 abr. 2011.

### 3.2.1.1 Conceito Jurídico

A expressão flagrante vem do latim *flagrans, flagrantes*, do verbo *flagrare*, que significa queimar, arder, que está em chamas, brilhando ou incandescente.<sup>62</sup>

A prisão em flagrante delito é a prisão daquele que é surpreendido no momento ou logo após a consumação da infração penal.<sup>63</sup>

Prisão em flagrante é espécie de prisão processual ou prisão cautelar e tem seu conceito e fundamento nos arts. 302 a 310 do Código de Processo Penal.<sup>64</sup>

Essa modalidade de prisão é autorizada pela Constituição Federal, no seu artigo 5º, LXI a qual garante: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.<sup>65</sup>

### 3.2.1.2 Modalidades de Flagrante

O art. 302 do CPP discorre sobre o estado de flagrância e enumera as espécies de flagrante delito nos seguintes termos:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I- está cometendo a infração penal;

II- acaba de cometê-la;

III- é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV- é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 663.

<sup>63</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva 2006, p. 598.

<sup>64</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Planalto**, Brasília, DF2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>> Acesso em: 05 abr. 2011.

<sup>65</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

<sup>66</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Planalto**, Brasília, DF2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>> Acesso em: 05 abr. 2011.

Assim, doutrinariamente, as modalidades de flagrante delito recebem nomenclatura específica de acordo com cada situação aventada nos incisos do art. 302 e podem ser enumeradas nos seguintes termos<sup>67</sup>:

a) Flagrante próprio: o agente está cometendo, ou acabou de cometer a infração penal;

b) Flagrante impróprio ou quase-flagrante : o agente é preso em decorrência de perseguição que o faça presumir ser o autor da infração;

c) Flagrante presumido ou ficto: o agente é encontrado, logo depois da infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser o autor da infração.

A doutrina ainda acrescenta outras modalidades de flagrante delito quais sejam elas:

d) Flagrante preparado: O flagrante preparado ou provocado, é também considerado pela doutrina como crime impossível, e está previsto no verbete de súmula nº 145 do STF, a qual expõe que não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.<sup>68</sup>

e) Flagrante esperado: o sujeito age independente de provocação ou induzimento, sendo preso pela autoridade policial ou por terceiros que simplesmente já o aguardavam. “Assim, no flagrante esperado, a autoridade ou terceira pessoa aguarda, vigilante, o desenrolar dos fatos para que, no momento oportuno e conveniente, possa efetuar a prisão em flagrante”.<sup>69</sup>

f) Flagrante forjado: é atacado pela doutrina como modalidade de flagrante ilegal e criminoso. Ocorre através de procedimento policial que ao abusar do poder conferido pelo Estado, atribuem a certo indivíduo a prática de um crime ou situação que se faça presumir estar em estado de flagrante para posteriormente efetuar a prisão ilegal.<sup>70</sup>

g) Flagrante diferido, retardado ou prorrogado: está previsto na Lei nº 9.034/95, art. 2º, inciso II. Chamado de ação controlada é forma de atuação que traz como escopo manter a observação e acompanhamento de integrantes de

---

<sup>67</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva 2006, p. 602.

<sup>68</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 678.

<sup>69</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 679.

<sup>70</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 680.

determinada organização criminosa e de seus procedimentos, com o objetivo de obter maiores informações sobre a estrutura e funcionamento. Visa esperar o momento oportuno para efetuar a prisão em flagrante.<sup>71</sup>

Esta modalidade de flagrante também tem aplicação nos crimes da Lei nº 11.343/06, Lei de Drogas, conforme seu art. 53. Entretanto, esta depende de autorização judicial e manifestação do Ministério Público, enquanto aquela ocorre por iniciativa da Autoridade Policial.<sup>72</sup>

### 3.2.2 Prisão Preventiva

A Prisão preventiva está prevista nos arts. 311 a 316 do CPP e é definida como modalidade de prisão cautelar de natureza processual que é decretada unicamente pelo juiz.<sup>73</sup>

Tourinho Filho deliberou sobre a prisão preventiva nos seguintes termos:

Prisão preventiva é espécie do gênero 'prisão cautelar de natureza processual'. É aquela medida restritiva de liberdade determinada pelo Juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, como medida cautelar, seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.<sup>74</sup>

Ao conceituar prisão preventiva, Julio Fabbrini Mirabete acentua que “a expressão prisão preventiva tem acepção ampla para designar custódia verificada antes do trânsito em julgado da sentença”<sup>75</sup>. Acrescenta ainda Mirabete:

É a prisão processual, cautelar, chamada de 'provisória' no Código Penal (art. 42) e que inclui a prisão em flagrante, a prisão decorrente de pronúncia,

---

<sup>71</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 680.

<sup>72</sup> BRASIL, Lei Nº 11.343, De 23 DE agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Planalto**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)> Acesso em: 05 abr. 2011.

<sup>73</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 690.

<sup>74</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva 2006, p. 612.

<sup>75</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 389.



a prisão resultante de sentença condenatória, a prisão temporária e a prisão provisória em sentido estrito.<sup>76</sup>

A prisão preventiva também tem fundamento no direito constitucional brasileiro, figurando no rol de garantias individuais do art. 5º, inciso LXI, da Carta de 1988, o qual assevera que somente por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente poderá ser decretada a prisão preventiva.<sup>77</sup>

O decreto de prisão preventiva só ocorrerá quando houver indícios suficientes de autoria e de materialidade, sendo necessário que o juiz averigue se há fumaça do bom direito, *fumus boni jûris*, que sustente ser o acusado autor da infração penal, conforme art. 312 do CPP.<sup>78</sup>

Ao decretar a prisão preventiva deve o magistrado se ater para a comprovação da existência do crime ou indícios de autoria objetivando assegurar a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.<sup>79</sup>

Conforme o art. 311, primeira parte, a custódia da prisão preventiva poderá ser decretada a qualquer momento da fase inquisitiva ou ainda da instrução criminal, nos casos de ação pública ou privada, desde que ocorram os requisitos e pressupostos de admissibilidade previstos na lei.<sup>80</sup>

Assim assegura o art. 315 do CPP: “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado”<sup>81</sup>. Desta forma, é exigível que a autoridade judiciária esclareça em seu despacho quais os fundamentos que resultaram na decretação da medida preventiva.

Sobre a revogação da prisão preventiva, preleciona Fernando da Costa Tourinho Filho:

---

<sup>76</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 389.

<sup>77</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008, p. 432.

<sup>78</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 390.

<sup>79</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Planalto**, Brasília, DF2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>> Acesso em:05 abr. 2011.

<sup>80</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 330.

<sup>81</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Planalto**, Brasília, DF2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>> Acesso em:05 abr. 2011.

Já vimos que a prisão preventiva é medida excepcional e, por isso mesmo, descartável em casos de extrema necessidade. Segue-se, pois, que se durante o processo o Juiz constatar que o motivo ou os motivos que a ditaram já não subsistem, poderá revogá-la. Por outro lado, mesmo revogada a preventiva, tal como previsto no art. 316 do CPP, nada impede que o Juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do querelante, venha a redecretá-la. Em que hipótese? Se sobrevierem razões que a justifiquem.<sup>82</sup>

A prisão preventiva tem caráter *rebus sic stantibus*, podendo ser revogada conforme a situação da causa. Assim também, se não mas presentes os fatores que recomendam a custódia cautelar, não deve a prisão preventiva ser mantida somente baseada na autoria e materialidade criminosa.<sup>83</sup>

### 3.2.3 Prisão Temporária

Também modalidade de prisão processual, a prisão temporária tem fundamento na Medida Provisória n<sup>o</sup> 111, de 24-11-1989, que posteriormente foi substituída pela lei n<sup>o</sup> 7.960, de 21-12-1989 e passou a figurar a legislação processual penal brasileira.<sup>84</sup>

Paulo Rangel ensina que “a prisão temporária é uma espécie de prisão cautelar, exigindo, para a sua configuração, os requisitos de toda e qualquer medida cautelar, quais sejam: o *fumus boni iuris*, (*fumus comissi delicti*) e o *periculum in mora* (*periculum libertatis*)”.<sup>85</sup>

Os tipos penais que fundamentam o decreto da prisão temporária insurgem-se do art. 1<sup>o</sup> Lei n<sup>o</sup> 7.960/1989<sup>86</sup>, e decorrem da imprescindibilidade para a investigação criminal feita por meio de inquérito policial. Também, segundo o art. 1<sup>o</sup>, poderá ser decretada a prisão temporária nos casos em que o indiciado não tenha residência fixa ou não forneça elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e ainda quando da participação do acusado nos seguintes crimes:

---

<sup>82</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva 2006, p. 621.

<sup>83</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva 2006, p. 621.

<sup>84</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 397.

<sup>85</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 714.

<sup>86</sup> BRASIL, Lei N. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe obre Prisão Temporária. **Planalto**, Brasília, DF, 2011. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm) > Acesso em: 06 abr. 2011.

Artigo 1º - Caberá prisão temporária:

[...]

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986).<sup>87</sup>

Convém observar que o rapto violento deixou de ser crime nos termos da Lei nº. 11.106 de 28 de março de 2005.<sup>88</sup>

Somente o Juiz, mediante representação da Autoridade Policial ou a requerimento do Ministério Público, poderá decretá-la. O prazo máximo da prisão temporária será de 5 dias prorrogável por igual período nos casos de extrema e comprovada necessidade.<sup>89</sup>

Nos crimes hediondos, de tortura, tráfico ilícito de drogas, e de terrorismo regidos pela Lei nº 8.072/1990, a prisão temporária será de 30 dias prorrogável por mais 30<sup>90</sup>. Ao final do prazo instituído para a conclusão do inquérito policial deverá o indiciado ser colocado em liberdade.

---

<sup>87</sup> BRASIL, Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe obre Prisão Temporária. **Planalto**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm) > Acesso em : 06 abr. 2011.

<sup>88</sup> BRASIL, Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. **Planalto**, Brasília, DF, 2011. Disponível em :<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm)> Acesso em: 06 abr. 2011.

<sup>89</sup> BRASIL, Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe obre Prisão Temporária. **Planalto**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm) > Acesso em : 06 abr. 2011.

<sup>90</sup> BRASIL, Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Planalto**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm)> Acesso em: 05 abr. 2011.

Segundo Paulo Rangel, uma parte da doutrina entende que o indiciado, nos termos do § 7º do art. 2º da Lei que dispõe sobre a prisão temporária, deverá ser colocado imediatamente em liberdade, prescindindo de autorização judicial. Entretanto, este autor não coaduna com tal posicionamento e assegura que:

A lei deve ser interpretada não de forma literal ou gramatical, mas, sim, de forma sistemática e teleológica.

O art. 4º da lei objeto de comentários acrescentou a letra i ao art. 4º da Lei nº 4.898/95, criando uma nova figura típica de abuso de autoridade. Diz o citado Dispositivo:

Art.4º Constitui também abuso de autoridade:

[...]

Prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

Assevera ainda o autor:

Ora, o elemento objetivo do tipo é prolongar, e este só pode ocorrer em duas hipóteses:

Deixando de expedir em tempo oportuno ordem de liberdade ou

Deixando de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

[...]Portanto, parece-nos imprescindível a expedição do competente alvará de soltura para que o preso temporário possa ser colocado em liberdade, pois, se isto não acontecer, incide a norma do art. 4º, letra i, da Lei de Abuso de Autoridade.<sup>91</sup>

Em suma, a prisão temporária é modalidade de prisão processual, aplicada nos termos da Lei 7960/1989 ou da Lei 8072/1990, só poderá ser decretada por ordem judicial objetivando garantir as diligências no inquérito policial.

### 3.2.4 Prisão Administrativa

A doutrina conceitua prisão administrativa como espécie de prisão decretada por autoridade administrativa, por motivos de ordem administrativa e que tem a finalidade administrativa.<sup>92</sup>

Convém pontuar que a prisão administrativa, prevista no art. 319 do CPP, deixou de existir em face do art. 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988 que

---

<sup>91</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 724.

<sup>92</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 402.

assegurou ao judiciário o poder de decretar a prisão de quem quer que seja e vedou à autoridade administrativa a possibilidade de fazê-la.

Nesse sentido manifestou-se o Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

HABEAS CORPUS'. PRISÃO ADMINISTRATIVA. RECURSO ORDINÁRIO tendo em vista que, posteriormente a prolação do acórdão recorrido, entrou em vigor a nova constituição, em virtude da qual - por força do disposto no inciso lxi do artigo 5 ('ninguem será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei') - deixou de ser permitida, e que, segundo as informações suplementares colhidas, existe contra o ora recorrente mandado para que se efetive a prisão administrativa decretada antes da vigência do mencionado texto constitucional, concede-se 'habeas corpus' de ofício ao ora recorrente, para que se torne sem efeito esse mandado. recurso ordinário que se julga prejudicado pela concessão, de ofício, do 'habeas corpus'.<sup>93</sup>

Tem-se admitido, nos termos da lei 6815/1980, a prisão administrativa do estrangeiro ou brasileiro naturalizado nos procedimentos relativos à deportação, expulsão ou extradição, desde que autorizado pelo Juiz<sup>94</sup>. Entretanto, Eugênio Pacelli de Oliveira certifica que “não há, no cenário brasileiro a figura da prisão administrativa a não ser no Direito Militar”.<sup>95</sup>

### 3.2.5 Prisão Especial

A prisão especial tem fundamento no art. 295 do CPP sendo cabível para determinadas pessoas em razão da função pública que exerce, da formação escolar, em razão do exercício de atividade religiosa ou por serviços prestados ao Estado.<sup>96</sup>

Ao discorrer sobre a prisão especial, Eugênio Pacelli de Oliveira ensina que “o referido dispositivo refere-se às prisões provisórias, ou seja, às prisões

---

<sup>93</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal: Direito Penal e Processual Penal. Recurso de Habeas Corpus nº 66.905/PR, Relator Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, Publicação DJ: 10/2/1989, p. 383. Julgamento: 4/11/1988 – Primeira Turma **STF**. Brasília, DF.

<sup>94</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 404.

<sup>95</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008, p. 450.

<sup>96</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 370.

cautelares, não se aplicando àquelas resultantes de sentença penal condenatória, também tratadas como definitivas”.<sup>97</sup>

É conveniente salientar que a prisão especial perdura enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória, sendo esta prolatada, o condenado será recolhido ao estabelecimento penal comum. Entretanto, existem exceções.

O artigo. 84, § 2º, da Lei nº 7.210/84, que regula a execução penal brasileira, declara que o preso, que ao tempo do fato era funcionário da Administração da Justiça Criminal, ficará em dependência separada.<sup>98</sup>

### 3.2.6 Prisão Civil

A prisão civil tem escopo na Constituição Federal, artigo 5º, LXVII, a qual prescreve que "não haverá prisão civil por dívida, salvo se o responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel".<sup>99</sup> Sendo assim, a prisão civil é exceção à regra.

Mirabete define a prisão civil como espécie de prisão administrativa que só é possível nos casos previstos na Constituição Brasileira de 1988.<sup>100</sup>

Convém pontuar que o Supremo Tribunal Federal tem restringido a prisão civil do depositário infiel. Neste sentido são os seguintes acórdãos:

- a) EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.<sup>101</sup>
- b) DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao

---

<sup>97</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008, p. 421.

<sup>98</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 370.

<sup>99</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

<sup>100</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 405.

<sup>101</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Direito Processual Penal e Direito Penal. Recurso Extraordinário nº 466343/SP. Recte: Banco Bradesco /SA. Relator: Ministro Cesar Peluso. São Paulo, SP, 03 de Dezembro de 2008. **STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia.htm>. Acesso em: 17 abr. 2011

descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.<sup>102</sup>

Dessa forma, a jurisprudência do STF evoluiu no entendimento de que a prisão civil por dívida é aplicável apenas ao responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.

Consequência disto foi a revogação da Súmula nº 619 do STF que assegurava que “a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.<sup>103</sup>

Assim, ocorreu a edição da Súmula Vinculante nº 25 onde o Pleno do Supremo Tribunal Federal aprovou, por unanimidade, a Proposta de Súmula Vinculante 31, apresentada pelo Ministro Cezar Peluso, nos seguintes termos: “É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.<sup>104</sup>

### 3.2.7 Prisão Decorrente de Pronúncia/Sentença Penal Condenatória

Apenas a título de complementação, é importante acentuar que o art. 408 do CPP tratava da prisão decorrente de pronúncia e o art. 594, do mesmo diploma legal, que cuidava da prisão decorrente de sentença penal condenatória irrecorrível, foram revogadas pelas Leis nº. 11. 689 e 11.719 todas de 2008.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Direito Processual Penal e Direito Penal. Habeas Corpus nº 8785/TO. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tocantins/TO, 03 de Dezembro de 2008. **STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia.htm>. Acesso em: 17 abr. 2011.

<sup>103</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **STF**. Súmula nº 619. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada, stf-sumula-619,2027.html> Acesso em: 16 abr. 2011.

<sup>104</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **STF**. Súmula Vinculante nº 25. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV\\_31.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_31.pdf) Acesso em: 05 abr. 2011.

<sup>105</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008, p. 448.

## 4 LIBERDADE PROVISÓRIA

Liberdade provisória é a medida procedimental que certifica o direito do imputado manter-se em liberdade durante o processo até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A doutrina conceitua liberdade provisória como a medida intermediária entre a prisão provisória e a liberdade completa.<sup>106</sup>

### 4.1 NOÇÕES GERAIS

O instituto processual penal de liberdade provisória já era conhecido dos antigos gregos e romanos. Entretanto, somente tornou-se direito do acusado a partir da Lei das 12 tábuas.<sup>107</sup>

A ideia atual de concessão de Liberdade Provisória remonta ao século XIV, particularmente às Ordenações Filipinas onde o Ordenamento Processual Pátrio já se preocupava com a privação da liberdade antes do trânsito em julgado da decisão judicial.

Ao tempo da vigência das Ordenações do Reino existia a figura das “cartas de seguro” que juntamente com a fiança constituíam espécies de liberdade provisória, e tinham natureza fidejussória. Por meio destas, era garantida a apresentação do preso no dia do julgamento.<sup>108</sup>

A essa época a concessão da liberdade provisória se efetivava mediante garantia apresentada, não como direito do preso, mas como faculdade do Poder Público.<sup>109</sup>

Posteriormente, na legislação do Império, com o advento da Constituição de 1824 e do Código de Processo Penal de 1832, as modalidades de liberdade

---

<sup>106</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 623.

<sup>106</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 623.

<sup>107</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 624.

<sup>108</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008, p. 453.

<sup>109</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008, p. 453.



provisória se resumiram à liberdade provisória mediante pagamento de fiança, esta, porém, com natureza real.

Alicerçado nisso, o Código de Processo Penal de 1941 implantou o sistema de liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, salvo nos casos em que ocorram por meio de condutas justificadas pela legislação penal chamadas excludentes de ilicitude e previstas no art. 310, cabeça do CPP.<sup>110</sup>

A Carta Magna de 1988 faz menção à liberdade provisória em seu art. 5º e inciso, LXVI, e assegura que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.<sup>111</sup>

## 4.2 MODALIDADES

Nos termos da legislação e segundo a doutrina processual penal, a principal distinção entre as várias modalidades de concessão de liberdade provisória se promove entre a liberdade provisória sem fiança e liberdade provisória com fiança.<sup>112</sup>

A liberdade provisória sem fiança, também apontada pela doutrina como liberdade provisória vinculada, é a regra geral, a mais comum e de maior aplicabilidade, sendo exigido para a sua concessão o simples comparecimento a todos os atos do processo sobre pena de revogação da medida<sup>113</sup>. Este tipo de concessão de liberdade provisória está previsto no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal Brasileiro. *verbis*:

[...] Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o

---

<sup>110</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008, p. 453.

<sup>111</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

<sup>112</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008, p. 460.

<sup>113</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008, p. 460.

juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).<sup>114</sup>

Essa modalidade de liberdade provisória vinculada deverá ser concedida com base na prisão em flagrante e em substituição a essa, desde que estejam presentes os requisitos para sua concessão.<sup>115</sup>

Há a possibilidade de concessão de liberdade provisória vinculada sem fiança nos casos de comprovada insuficiência de recursos, conforme art. 350 do CPP.<sup>116</sup>

Outra espécie de concessão de liberdade provisória é a liberdade provisória sem fiança e sem vinculação. Este tipo de permissão é decorrente do art. 321 do CPP e para que seja concedida basta que a infração seja punida, exclusivamente, com pena de multa ou pena privativa de liberdade que não exceda três meses.<sup>117</sup>

Existe ainda a liberdade provisória imediata e obrigatória que tem fundamento na “expressão livrar-se solto independente de fiança”. Neste ponto não haverá nenhum dever que o acusado tenha que desempenhar.<sup>118</sup>

Resta a figura da liberdade provisória mediante fiança e com vinculação que decorre dos arts. 323 e 324 do Código de Processo Penal Brasileiro.<sup>119</sup>

Na doutrina processual penal fiança é uma garantia real ou caução. É contracautela que tem o objetivo de promover a liberdade do réu ou indiciado em liberdade mediante depósito em dinheiro, pedras ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou hipoteca inscrita em primeiro lugar.<sup>120</sup>

---

<sup>114</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Planalto**, Brasília, DF2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>> Acesso em: 05 abr. 2011.

<sup>115</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008, p. 461.

<sup>116</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Planalto**, Brasília, DF2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>> Acesso em: 05 abr. 2011.

<sup>117</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 732.

<sup>118</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 732.

<sup>119</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Planalto**, Brasília, DF2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>> Acesso em: 05 abr. 2011.

<sup>120</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 629.

Essa modalidade de contracautela será concedida nas seguintes hipóteses: a) para as contravenções penais que não estejam abrangidas pelo artigo 69, da Lei 9.099/95; b) para os crimes punidos com detenção e c) aos crimes punidos com reclusão, cuja pena mínima seja igual ou inferior a dois anos.<sup>121</sup>

#### 4.3 LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Por muito tempo a doutrina discutiu sobre a constitucionalidade do dispositivo que tratava sobre a concessão de liberdade provisória nos crimes chamados hediondos alegando que o dispositivo não coadunava com os princípios fundamentais e afrontava a ideia geral de liberdade como regra.<sup>122</sup>

A Lei nº 8.072/1990 trazia em seu art. 2º a seguinte redação:

[...] Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:  
I - anistia, graça e indulto;  
II- fiança e Liberdade Provisória  
[...]

Com o advento da Lei nº 11.464/2007, a expressão que discorria sobre a vedação de concessão da Liberdade Provisória foi suprimida. Agora, de acordo com o § 3º da nova lei, em caso da sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu pode apelar em liberdade. Neste caso, o magistrado verificará se estão presentes os pressupostos para a prisão cautelar, caso não ocorram, poderá conceder a liberdade provisória.<sup>123</sup>

Insta salientar que o Supremo Tribunal Federal já havia decidido pela inconstitucionalidade da vedação de concessão de liberdade provisória na Lei de Crimes Hediondos antes da edição da Lei nº 11.464/2007, no Habeas Corpus nº 82.959/SP, onde se declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº

---

<sup>121</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Planalto**, Brasília, DF2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>> Acesso em: 05 abr. 2011.

<sup>122</sup> PELLIZZARO, André Luiz. **Liberdade provisória em crimes hediondos**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8522/liberdade-provisoria-em-crimes-hediondos>> Acesso em: 19 abr. 2011.

<sup>123</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 744.

8.072/1990. Sendo assim, a nova redação da lei apenas adequou-se ao entendimento da Máxima Corte Brasileira.<sup>124</sup>

#### 4.4 LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI DE ARMAS

A partir da edição da lei nº 10.826/2003, Estatuto do Desarmamento, que disciplinou o registro, posse e a comercialização de armas no Brasil, despertou-se a discussão que gira em torno do dispositivo do art. 21, o qual acentuava que os crimes previstos nos arts. 16,17,e 18, da mesma lei de armas, são insuscetíveis de liberdade provisória. Entretanto, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3112/DF, colocou fim à celeuma.<sup>125</sup>

Eis o voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski no julgamento da presente ADI:

[...] Senhora Presidente. A partir das considerações iniciais que expendi, e com fundamento nas razões de direito que formulei, julgo procedentes, em parte, as presentes ações diretas, apenas para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos arts. 14 e 15, os quais vedaram o estabelecimento de fiança para os delitos de 'porte ilegal de arma de fogo de uso permitido' e de 'disparo de arma de fogo', e do art. 21, que proibiu a liberdade provisória no caso dos crimes de 'posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito', 'comércio ilegal de arma de fogo' e 'tráfico internacional de arma de fogo', todos da Lei 10.826/2003.<sup>126</sup>

Assim, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade do art. 21 do Estatuto do Desarmamento que vedava a concessão de liberdade provisória mediante pagamento de fiança.

#### 4.5 LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI DE CRIME ORGANIZADO

A Convenção de Palermo incorporada ao ordenamento pátrio por força do Decreto nº 5.015/2004 foi responsável pela elaboração e execução de medidas que

---

<sup>124</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 45.

<sup>125</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **STF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112/DF. Disponível em: <<http://www.tce.al.gov.br/sti/download/cd/legislacao/Voto%20STF.pdf>> Acesso em 19 abr. 2011.

<sup>126</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **STF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112/DF. Disponível em: <<http://www.tce.al.gov.br/sti/download/cd/legislacao/Voto%20STF.pdf>> Acesso em 19 abr. 2011.

programassem o combate à criminalidade transnacional, e que adotassem técnicas especiais de investigação na prevenção, controle e combate ao crime organizado, das quais, hoje, dispõe a lei brasileira do Crime Organizado.<sup>127</sup>

Assim como ocorre ao Estatuto do Desarmamento e à Lei de Crimes Hediondos, a doutrina e a jurisprudência tecem discussões no que se refere ao dispositivo de lei que discorre sobre a vedação da concessão de liberdade provisória nos crimes cometidos por organizações criminosas.

Segundo a Lei n. 9.034/1995, "não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa".<sup>128</sup>

Entretanto, a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem firmado entendimento tendencioso a tornar inconstitucional o dispositivo que veda a concessão de liberdade provisória na Lei do Crime Organizado.

Nesse sentido veja-se o voto no Habeas Corpus nº 94404 MC/SP, que resultou no informativo nº. 516 do STF, onde o Ministro Relator Celso de Melo cita o entendimento da doutrina sobre a vedação da concessão de liberdade provisória para fundamentar a inconstitucionalidade do art. 7º da lei de Organizações Criminosas:

[...]

O eminente penalista LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra escrita com Raúl Cervini ("Crime Organizado", p. 171/178, item n. 4, 2ª ed., 1997, RT), expõe, de modo irrefutável, a evidente inconstitucionalidade do art. 7º da Lei nº 9.034/95, advertindo, com absoluta correção, que a vedação legal em abstrato da concessão da liberdade provisória transgride "o princípio da presunção de inocência", afronta "a dignidade humana" e viola "o princípio da proibição do excesso".

Acentua ainda o Ministro:

Essa mesma orientação é perfilhada por GERALDO PRADO e WILLIAM DOUGLAS ("Comentários à Lei contra o Crime Organizado", p. 87/91, 1995, Del Rey), que também vislumbram, no art. 7º da Lei do Crime Organizado, o

---

<sup>127</sup> GOMES, Rodrigo Carneiro. **O Crime Organizado na visão da Convenção de Palermo.** Disponível em: <<http://blogdanielaalves.wordpress.com/2008/03/31/o-crime-organizado-na-visao-da-convencao-de-palermo/>> Acesso em: 19 abr. 2011.

<sup>128</sup> BRASIL, lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Planalto**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm)> Acesso em: 19 abr. 2011.

vício nulificador da inconstitucionalidade, resultante da ofensa ao postulado da presunção de inocência e do desrespeito ao princípio da proporcionalidade, analisado este na dimensão que impõe, ao Estado, a proibição do excesso.

E finaliza nos seguintes termos:

Diversa não é, na matéria, e com referência específica ao art. 7º da Lei do Crime Organizado, a lição de ROBERTO DELMANTO JUNIOR ("As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração", p. 142/150, item n. 2, "c", 2ª ed., 2001, Renovar), que adverte, com inteira razão, apoiando-se em magistério de outro eminente autor (ALBERTO SILVA FRANCO, "Crimes Hediondos", p. 489/500, item n. 3.00, 5ª ed., 2005, RT), que se mostra inconstitucional a proibição abstrata, em lei, da concessão da liberdade provisória, pois tal vedação, além de lesar os postulados do "due process of law" e da presunção de inocência, também se qualifica como ato estatal que transgredir o princípio da proporcionalidade, no ponto em que este impõe, ao Estado, a proibição do excesso.  
[...].<sup>129</sup>

É importante pontuar que a celeuma que gira em torno da vedação de concessão de liberdade provisória no ordenamento jurídico brasileiro esbarra-se nos princípios constitucionais de direito.

Neste sentido, complementa Camila Andrade alegando que:

[...] Aponta-se que a vedação da liberdade provisória independe da amplitude da infração penal, não se podendo menosprezar os preceitos constitucionais, entre eles, o princípio da não-culpabilidade, a ampla defesa e o contraditório, o *due process of Law*, alicerces da garantia do resguardo da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.<sup>130</sup>

Assegura ainda a autora:

É evidente a desproporcionalidade da negação da permissão da liberdade provisória no art. 7º da lei do crime organizado. Transgredir a coeficiência da aferição da razoabilidade dos atos do Estado, havendo retrocesso à ideologia da Constituição Federal, que é propiciar um Estado apoiado na implementação e permanência dos direitos fundamentais.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Direito Processual Penal e Direito Penal. Habeas Corpus nº 94404/SP. Paciente: Kiavash Joorabchian. Relator: Ministro Celso de Melo. São Paulo/SP, 18 de novembro de 2008. STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia.htm>. Acesso em: 17 de abr. 2011.

<sup>130</sup> ANDRADE, Camila. **É constitucional a vedação legal da liberdade provisória?** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/122008/e-constitucional-a-vedacao-legal-da-liberdade-provisoria-camila-andrade> Acesso em 18 abr. 2011.

<sup>131</sup> ANDRADE, Camila. **É constitucional a vedação legal da liberdade provisória?** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/122008/e-constitucional-a-vedacao-legal-da-liberdade-provisoria-camila-andrade> Acesso em 18 abr. 2011.

E finaliza asseverando que:

Por estas razões, a jurisprudência do STF e as leis infraconstitucionais estão dando passos no caminho oposto da vedação da liberdade provisória, aceitando-se, de forma explícita, a sua concessão já nos crimes mais gravosos, os crimes hediondos, conforme a inovação trazida pela lei 11.464/2007.<sup>132</sup>

Assim, o dispositivo da Lei que trata da liberdade provisória no crime organizado vem sofrendo influência por parte da doutrina e da jurisprudência, no sentido de ser proclamada a inconstitucionalidade do art. 7º da Lei de Combate às Organizações Criminosas conforme ocorreu ao art. 21 da Lei de Armas onde a vedação de concessão à liberdade provisória foi declarada inconstitucional por força da ADI nº 3112/DF.<sup>133</sup>

#### 4.6 LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

O termo “lavagem de dinheiro” é decorrente da cultura jurídica nacional e não encontra respaldo expresso na lei. Adotam-se, também, nomenclaturas como “Lei de Capitais”, “Lei de Bens e Valores” dentre outros.<sup>134</sup>

A Convenção de Viena de 1988, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Lei nº 157, de 26 de junho de 1991, foi o marco do combate à lavagem de dinheiro. Exigiu que os estados pactuantes incriminassem a lavagem de dinheiro procedente dos crimes de tráfico de drogas, estipulando detalhamento pontual dos tipos penais a serem aplicados.<sup>135</sup>

Estabeleceu também cooperações internacionais para fins de extradição, investigação judicial e inversão de provas relativas à origem ilícita de bens. Assim,

---

<sup>132</sup> ANDRADE, Camila. **É constitucional a vedação legal da liberdade provisória?** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/122008/e-constitucional-a-vedacao-legal-da-liberdade-provisoria-camila-andrade>> Acesso em 18 abr. 2011.

<sup>133</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112/DF. Disponível em: <<http://www.tce.al.gov.br/sti/download/cd/legislacao/Voto%20STF.pdf>> Acesso em 19 abril 2011.

<sup>134</sup> BOMFIM, Marcia Monassi Mougén; BOMFIM, Edilson Mougén. **Lavagem de dinheiro**. 1º ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2008, p. 13.

<sup>135</sup> BOMFIM, Marcia Monassi Mougén; BOMFIM, Edilson Mougén. **Lavagem de dinheiro**. 1º ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2008, p.18.

foram influenciados, nos países signatários, os meios de investigação e regras de confisco e assistência judicial.<sup>136</sup>

Discorrendo sobre o art. 3º da Lei 9.613/1998, Rodrigo de Moura Jacob, questiona a vedação da liberdade provisória nos crimes de lavagem de capitais nos seguintes termos:

Assim, sobrepondo as disposições do art. 3º da Lei 9.613/98 podemos concluir que: é inconstitucional a proibição de fiança nos crimes definidos nesta lei; é permitido a liberdade provisória com fiança e é questionável a vedação da liberdade provisória sem fiança. Depois de toda a análise do art. 3º deixamos para o final o § 5º do art. 1º da Lei 9.613/98, que conforme se demonstrará distorce da intenção rigorosa da referida lei.<sup>137</sup>

Por outro lado, Marcia Monassi e Edilson Mougnot Bonfim asseveram que, em que pese boa parte da doutrina questionar a constitucionalidade duvidosa do dispositivo, para eles, a impossibilidade de concessão de liberdade provisória tem fundamento no princípio da “interpretação conforme a constituição” e que o dispositivo aventado no art. 3º da Lei de Lavagem de Dinheiro busca atingir a finalidade da norma constitucional editada.<sup>138</sup>

Esmeram-se ainda nos entendimentos jurisprudenciais. Quais sejam: Verbete de Súmula nº 09 do Superior Tribunal de Justiça e na decisão proferida no HC nº 80.866-RJ julgado pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>139</sup>

---

<sup>136</sup> BOMFIM, Marcia Monassi Mougnot; BOMFIM, Edilson Mougnot. **Lavagem de dinheiro**. 1º ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2008, p. 19.

<sup>137</sup> JACOB, Rodrigo de Moura, **Proibição de fiança em caso de lavagem é inconstitucional**. Disponível em: <[http://www.correioforense.com.br/noticia\\_pdf/id/607/titulo/Proibicao\\_de\\_fianca\\_em\\_caso\\_de\\_lavagem\\_e\\_inconstitucional.html](http://www.correioforense.com.br/noticia_pdf/id/607/titulo/Proibicao_de_fianca_em_caso_de_lavagem_e_inconstitucional.html)> Acesso em 26 abr. 2011.

<sup>138</sup> BOMFIM, Marcia Monassi Mougnot; BOMFIM, Edilson Mougnot. **Lavagem de dinheiro**. 1º ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2008, p. 92.

<sup>139</sup> BOMFIM, Marcia Monassi Mougnot; BOMFIM, Edilson Mougnot. **Lavagem de dinheiro**. 1º ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2008, p. 94.



## 5 DIREITO PENAL DO INIMIGO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI DE DROGAS

Há quem diga que a legislação brasileira vem sofrendo influência de duvidosas doutrinas externas que atuam na seara Processual Penal modificando os preceitos e normas adotadas pela legislação brasileira, Destas doutrinas, a doutrina destaca a que trata da Teoria do Direito Penal do Inimigo.

Neste sentido, parte da doutrina tem asseverado que o Legislador e o Poder Judiciário, no afã de ver suprimido o clamor popular em face do aumento da criminalidade, têm se apossado de meios que não os defendidos em um Estado Democrático de Direito para dirimir suas demandas judiciais, inclusive, editando normas ou interpretando-as de maneira que os direitos humanos e os princípios fundamentais dos acusados sejam extintos ou suprimidos.

Neste sentido, faz-se necessário discorrer sobre o tema através de uma análise perfunctória da história da Teoria do Direito Penal do Inimigo e de sua possível relação com as leis e normas aplicadas ao Direito Penal e Processual Penal Brasileiro.

### 5.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi idealizada por Günther Jakobs, doutrinador oriundo da Alemanha sendo difundida a partir de 1985. Essa doutrina defendia a criação de leis severas para os chamados “Inimigos do Estado”: terroristas, criminosos internacionais, delinquentes sexuais, dentre outros.<sup>140</sup>

Com fulcro no combate à criminalidade nacional e internacional a tese de Jakob tem como base três elementos; a) adiantamento da punibilidade; b) penas previstas desproporcionalmente altas; c) garantias processuais relativizadas e suprimidas.<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup>GOMES, Luís Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal)**. Disponível em: <[http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_47.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf)> Acesso em: 26 abr. 2011.

<sup>141</sup>JAKOBS, Güncher; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 67.

Conforme a teoria difundida por Jakobs, Inimigo do Estado é o indivíduo que reitera atos de delinquência e persiste na prática de delitos ou ainda quem comete crimes que assentem risco à existência do Estado.<sup>142</sup>

Amparado pelos pensamentos filosóficos de Kant, Rousseau, Hobbes, dentre outros, afirma a teoria, que o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. Sendo assim, o Estado é quem reconhece o direito do inimigo, alegando que o sujeito que não oferece comportamento adequado ao ordenamento jurídico não pode ser tratado como pessoa, inclusive pelo Estado. Portanto, não cabe procedimento penal e sim um procedimento de guerra.<sup>143</sup>

Assim, o inimigo que infringe o contrato social deixa de ser membro do Estado e declara guerra contra este. Sendo tratado como o “Inimigo do Estado” tem seus direitos processuais suprimidos.<sup>144</sup>

## 5.2 CRITICAS À TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Toda tese ou teoria recebe críticas por meio de uma antítese, o que resulta em uma síntese ou nova tese. Com a teoria do Direito Penal do Inimigo não tem sido diferente. No Brasil vários doutrinadores têm se posicionado contrários aos postulados de Jakobs, dentre eles podem-se citar Cancio Meliá; Luiz Flávio Gomes e Damásio de Jesus.

Luiz Flávio Gomes, utilizando-se das palavras de Cancio Meliá, tece críticas à teoria de Günther Jakobs nos seguintes termos:

O direito penal do inimigo nada mais é que um exemplo de *Direito Penal de autor*, que pune o sujeito pelo que ele ‘é’ e faz oposição ao *Direito Penal do fato*, que pune o agente pelo que ele ‘fez’. A máxima expressão do Direito Penal de autor deu-se durante o nazismo, desse modo, o Direito Penal do

---

<sup>142</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo. Breves considerações.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

<sup>143</sup> GOMES, Luís Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal).** Disponível em: <[http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_47.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf)> Acesso em: 26 abr. 2011.

<sup>144</sup> GOMES, Luís Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal).** Disponível em: <[http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_47.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf)> Acesso em: 26 abr. 2011.

inimigo relembra esse trágico período; é uma nova “demonização” de alguns grupos de delinquentes.<sup>145</sup>

Damásio de Jesus sintetiza e pontua as críticas feitas à tese de Jakobs, também feitas por Cancio Meliá, nos seguintes termos:

[...]

a) O modelo decorrente do Direito Penal do Inimigo não cumpre sua promessa de eficácia, uma vez que as leis que incorporam suas características não têm reduzido a criminalidade.

b) O fato de haver leis penais que adotam princípios do Direito Penal do Inimigo não significa que ele possa existir conceitualmente, i.e., como uma categoria válida dentro de um sistema jurídico.

c) Os chamados "inimigos" não possuem a "especial periculosidade" apregoada pelos defensores do Direito Penal do Inimigo, no sentido de praticarem atos que põem em xeque a existência do Estado. O risco que esses "inimigos" produzem dá-se mais no plano simbólico do que no real.

c) A melhor forma de reagir contra o "inimigo" e confirmar a vigência do ordenamento jurídico é demonstrar que, independentemente da gravidade do ato praticado, jamais se abandonarão os princípios e as regras jurídicas, inclusive em face do autor, que continuará sendo tratado como pessoa (ou 'cidadão').

e) O Direito Penal do Inimigo, ao retroceder excessivamente na punição de determinados comportamentos, contraria um dos princípios basilares do Direito Penal: o princípio do direito penal do fato, segundo o qual não podem ser incriminados simples pensamentos (ou a "atitude interna" do autor) [...].<sup>146</sup>

A teoria do Direito penal do inimigo recebe ainda críticas por parte da doutrina estrangeira. Durante o 1º congresso internacional promovido pela LFG (Rede Luiz Flávio Gomes de Ensino) em discussão sobre o tema, Eugênio Raul Zaffaroni, doutrinador e Ministro da Suprema Corte Argentina, pontuou que “a lógica do DPI é a lógica da guerra, mas se trata, claro, de uma ‘guerra suja’, que muitas vezes aparece sob o rótulo de ‘segurança nacional’ ”.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> GOMES, Luís Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal)**. Disponível em: <[http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivolD\\_47.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivolD_47.pdf)> Acesso em: 26 abr. 2011. Apud JAKOBS, Günter; MELIÁ, Cancio Manuel, **Derecho penal del enemigo**, Madrid: Civitas, 2003.

<sup>146</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo**. Breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

<sup>147</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Histórica mesa redonda sobre o direito penal do inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1564, 13 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10541>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

Ainda Raúl Cervini, do Uruguai, fez censuras ao Direito Penal do Inimigo fazendo menção ao “risco desses ‘direitos penais’ emergenciais, que surgem para durar pouco e depois vão se expandindo para todas as áreas do sistema penal”.<sup>148</sup>

No mesmo sentido discorreu Cezar Roberto Bitencourt, declarando que “nem sequer na ditadura os direitos humanos foram tão desrespeitados”. Alegou ainda que “no Brasil há patente abuso das prisões processuais, que as leis novas são aplicadas por ‘mentes velhas’, o que gera um clamoroso excesso de punitivismo”.<sup>149</sup>

Outros posicionamentos contrários também se estendem no sentido de que o Estado Juiz não é amparado com condições e mecanismos de precisão para que exerça justiça e que, inclusive, não teria condições de arcar com as responsabilidades resultantes da má aplicação desta teoria<sup>150</sup>, de tal modo que o pensamento difundido pelo alemão Günther Jakobs tem recebido resistência tanto por parte da doutrina brasileira como pela doutrina internacional.

Sendo assim, a crítica apresentada se resume ao fato de que o Direito Penal do Inimigo é um sistema penal meramente punitivista que não visa o fato perpetrado, mas a personalidade do agente que transgride a lei. Tendo em vista, e devido ao seu radicalismo extremo, que deixa de lado os direitos fundamentais do indivíduo, este novo sistema não é abertamente aceito pela legislação e doutrina pátria, visto que não coaduna com os preceitos constitucionais e com os tratados de direitos humanos em que o Brasil foi signatário.

### 5.3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A LEI DE DROGAS

No que se refere à possível aplicabilidade da Teoria do Direito Penal do Inimigo à legislação penal brasileira, alguns doutrinadores já se posicionaram no sentido de que a lei de drogas tem sido utilizada, dentre outras, como representante

---

<sup>148</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Histórica mesa redonda sobre o direito penal do inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1564, 13 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10541>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

<sup>149</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Histórica mesa redonda sobre o direito penal do inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1564, 13 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10541>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

<sup>150</sup> PARENTONI, Roberto Bartolomei. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/direito-penal-do-inimigo-1643/artigo/>> Acesso em: 26 abr. 2011.

principal do pensamento punitivista de Jakob, tendo em vista deixar de conceder benefícios processuais e direitos, que segundo aqueles, são princípios defendidos pelo Ordenamento Jurídico Pátrio e pelos Tratados e Convenções Internacionais adotados pelo Brasil.<sup>151</sup>

Sobre a relação do Direito Penal do Inimigo e a vedação da concessão da liberdade provisória na Lei de Drogas, Luiz Flávio Gomes posiciona-se no sentido de que é possível a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico e vai além, alegando que a restrição que se faz na Lei nº 11.343/2006 é postura adotada na teoria do Direito Penal do Inimigo:

Afirmar que não é cabível a liberdade provisória no crime de tráfico de drogas é um rematado equívoco (seja do ponto de vista legal, seja do ponto de vista constitucional). Cuida-se de postura típica do Direito penal do inimigo (de Jakobs), que consiste precisamente em admitir que o processo contra o inimigo não deve ter todas as garantias do processo contra o cidadão. Pessoa é pessoa e não-pessoa é não-pessoa!<sup>152</sup>

Matheus Magnus Santos Lemini faz duras críticas à lei de tóxicos, inclusive apontando pesquisa realizada em decisões judiciais proferidas, no sentido de que a punição aplicada nos crimes de tráfico tem caráter meramente punitivista e condena o autor do crime cometido pelo o que ele é e não pelo que ele fez.<sup>153</sup>

No mesmo sentido ataca a exposição de motivos proferida em sentença que reproduzia o seguinte texto: “quem vende drogas em favelas e/ou comunidades dominadas por facções criminosas não pode fazer jus a tal benefício”.<sup>154</sup>

Assim, assevera o autor que “tal exposição de motivos é o mais claro exemplo de direito penal do inimigo, rotulando-se um indivíduo e cerceando-lhe direitos fundamentais simplesmente pelo que ele é, ou seja, morador de favela”.<sup>155</sup>

---

<sup>151</sup> LEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7619](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619) > Acesso em :25 abr.2011.

<sup>152</sup> GOMES, Luiz Flávio. DAMÁSIO, Bárbara. **Liberdade provisória e tráfico de drogas**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br/>> Acesso em 24 abr. 2011.

<sup>153</sup> LEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7619](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619) > Acesso em :25 abr.2011.

<sup>154</sup> LEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7619](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619) > Acesso em :25 abr.2011.

<sup>155</sup> LEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7619](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619) > Acesso em :25 abr.2011.

O doutrinador ainda apresenta pesquisa no sentido de que o Judiciário tem elegido como inimigo uma clientela bem específica; os indivíduos envolvidos no crime de tráfico de drogas. Veja-se:

Desta forma, resumidamente, o perfil dos condenados por tráfico de drogas no foro central estadual da cidade do Rio de Janeiro é de primários (66,4%), presos em flagrante (91,9%) e sozinhos (60,8%), sendo que 65,4% respondem somente por tráfico (art. 33, sem associação ou quadrilha), e 15,8% em concurso com associação. Destes, 14,1% foram condenados em concurso com posse de arma, sendo 83,9% do sexo masculino, e 71,1% dos casos presos com cocaína. Destes, 36,9% receberam penas acima de 5 anos de prisão.<sup>156</sup>

Pontua ainda Lemini, que a própria coordenadora da pesquisa realizada, afirma que “a seletividade do sistema penal brasileiro foi confirmada e demonstrada de forma objetiva”, e que, “através de dados concretos, a atuação da Justiça segue a tendência do legislador, buscando imediatismo e falsa sensação de paz social, em um característico sistema de direito penal do inimigo”.<sup>157</sup>

Por último, este mesmo autor, faz dura crítica à justiça criminal, e acentua que esta vem reiteradas vezes perseguindo o inimigo eleito, no caso o traficante, aplicando o direito penal do inimigo, vez que não permite que este não responda o processo criminal em liberdade. Afirma que as penas aplicadas são desproporcionais à conduta do bem jurídico tutelado e que a periculosidade do agente é presumida para negar-lhe acesso aos benefícios positivados na legislação repressiva.<sup>158</sup>

Em suma, o pensamento deste e de outros autores se resume no sentido de que a lei de tráfico é representante do direito penal do inimigo na legislação Pátria, pois ao buscar dar à sociedade uma resposta à crescente criminalização, o Poder Público elege sua forma de interpretação da lei, o que, na maioria das vezes, é “claramente antagônicas à Constituição Federal, adotando um modelo punitivista

---

<sup>156</sup> LEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7619](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619) > Acesso em :25 abr.2011.

<sup>157</sup> LEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7619](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619) > Acesso em :25 abr.2011.

<sup>158</sup> LEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7619](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619) > Acesso em :25 abr.2011.

de aplicação das leis, punindo o agente transgressor pelo que é, e não pelo que fez, em clara adoção ao direito penal do inimigo, propugnado por Jakobs".<sup>159</sup>

#### 5.4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NA LEI Nº 11.343/2006

Após discorrer sobre a possível utilização da Teoria do Direito Penal do Inimigo, e de sua influência no Processo Penal Brasileiro, convém analisar à luz da doutrina e da jurisprudência o fator constitucional do tema.

A doutrina diverge quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo que trata da vedação da concessão da liberdade provisória na Lei nº 11.343/2006, Lei de Drogas, sendo que o posicionamento que vem ganhando mais destaque defende a inconstitucionalidade do dispositivo, constante do art. 44 da referida lei, apontando para uma eventual declaração de inconstitucionalidade nos moldes da ADI nº 3112/DF.<sup>160</sup>

Na visão de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi a nova redação dada à Lei de Crimes Hediondos não revogou o art. 44 da Lei de Drogas, sendo que continuam sendo aplicáveis as demais disposições da Lei nº 8.072/1990 aos crimes hediondos. Entretanto, ao que trata da vedação de concessão de liberdade provisória na lei de tráfico de entorpecentes permanecerá disciplinado pela Lei nº 11.343/2006.<sup>161</sup>

Alegam ainda os autores, que a lei nº 11.464/2007, que modificou o inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, não alcançou os crimes de tráfico de drogas, visto que é norma genérica em detrimento à norma especial. Assim, mantém-se a vedação da concessão da liberdade provisória nos crimes de tráfico de substâncias entorpecentes.<sup>162</sup>

---

<sup>159</sup> LEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em : < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7619](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619) > Acesso em :25 abr.2011.

<sup>160</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112/DF. Disponível em: <<http://www.tce.al.gov.br/sti/download/cd/legislacao/Voto%20STF.pdf>> Acesso em 19 abr.2011.

<sup>161</sup> FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 157.

<sup>162</sup> FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 157.

Por outro lado, Renato Marcão, ensinando sobre o art. 44 da Lei nº 11.343/2006, certifica que independente da gravidade do crime cometido, e desde que não estejam presentes os elementos que fundamentem a prisão cautelar, é plenamente possível a concessão da liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas.<sup>163</sup>

Afirma o autor que a Lei de Drogas veda a liberdade provisória, com ou sem fiança, em se tratando da prática dos crimes previstos nos arts. 33 *caput* e § 1º, e 34 a 37. Entretanto, pontua que no dia 29 de março de 2007, a nova redação dada pela lei nº 11.464/2007 retirou a proibição genérica, *ex lege*, da liberdade provisória nos crimes hediondos, em que o crime de tráfico de entorpecentes é espécie, terminando por derogar o art. 44 da Lei de Drogas. Inexistindo, portanto, tal restrição no Ordenamento Jurídico Brasileiro.<sup>164</sup>

Da mesma forma, discorrendo sobre a liberdade provisória na visão do Supremo, Renato Marcão afirma que por um longo período prevaleceu no Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido da constitucionalidade da vedação da liberdade provisória nos crimes chamados hediondos, dentre eles o crime de tráfico de entorpecentes.<sup>165</sup>

Entretanto, com a vigência do Estatuto do Desarmamento, Lei 10.826/2003, a discussão tomou novos rumos em razão do disposto em seu artigo 21, que passou a considerar insuscetíveis de liberdade provisória os crimes previstos nos artigos 16, 17 e 18, da Lei de Armas. O que foi, posteriormente, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3112/DF.<sup>166</sup>

O autor ainda reforça o posicionamento de que com o advento da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, a nova redação ao artigo 2º da Lei 8.072/1990,

---

<sup>163</sup> MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006- Nova Lei de Drogas**. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 369.

<sup>164</sup> MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006- Nova Lei de Drogas**. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 369.

<sup>165</sup> MARCÃO, Renato. **A liberdade provisória na visão do Supremo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-12/liberdade-provisoria-traffic-drogas-visao-supremo>> Acesso em: 03 mai. 2011.

<sup>166</sup> MARCÃO, Renato. **A liberdade provisória na visão do Supremo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-12/liberdade-provisoria-traffic-drogas-visao-supremo>> Acesso em: 03 mai. 2011.



retirou a vedação expressa no inc. II do artigo 2º, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes hediondos.<sup>167</sup>

Alega ainda que no mesmo quadro comparativo se insere “a Lei 11.343/2006, Lei de Drogas, que em seu artigo 44 passou a dispor que os crimes previstos em seus artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 são inafiançáveis e insuscetíveis de liberdade provisória, dentre outros benefícios também expressamente vedados”.<sup>168</sup>

Igual entendimento tem Eduardo Henrique da Costa ao pontuar que o Supremo Tribunal Federal foi categórico na ADI 3112/DF, afirmando que a prisão na Lei de Armas por imposição legal é inconstitucional por contrariar os princípios da presunção de inocência, da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, sem observar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.<sup>169</sup>

Afirma ainda o autor que:

[...] a decisão proferida na presente ADIN deve ser aplicada indistintamente a todos os diplomas legais ordinários que, como o Estatuto do desarmamento fazia, vedam de forma absoluta a concessão de liberdade provisória no ordenamento brasileiro, por influxo da incidência da teoria dos motivos determinantes, bem como pelo advento da lei 11.464/07, que possibilitou a liberdade provisória aos crimes hediondos e assemelhados. Portanto, a vedação à liberdade provisória, que tutela o direito fundamental à liberdade, jamais poderá ser incondicional, razão pela qual a lei do crime organizado, a lei da lavagem de capitais, a lei de tóxicos (para quem não a entende revogada pela nova redação da lei dos crimes hediondos) ou quaisquer outras que encetem a mesma espécie de proibição devem urgentemente ser reinterpretações à luz dos princípios orientadores da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.<sup>170</sup>

André Luís Callegari e Miguel Tedesco Wedy discorrendo sobre os aspectos polêmicos referentes à Lei de Drogas asseveram que a liberdade provisória no âmbito da Lei de Crimes Hediondos era expressamente vedada, e que

---

<sup>167</sup> MARCÃO, Renato. **A liberdade provisória na visão do Supremo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-12/liberdade-provisoria-traffic-drogas-visao-supremo>> Acesso em: 03 mai. 2011.

<sup>168</sup> MARCÃO, Renato. **A liberdade provisória na visão do Supremo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-12/liberdade-provisoria-traffic-drogas-visao-supremo>> Acesso em: 03 mai. 2011.

<sup>169</sup> COSTA, Eduardo Henrique. **A inconstitucionalidade da vedação absoluta à concessão de liberdade provisória**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2842, 13 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18895>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

<sup>170</sup> COSTA, Eduardo Henrique. **A inconstitucionalidade da vedação absoluta à concessão de liberdade provisória**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2842, 13 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18895>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

com o tempo o amadurecimento interpretativo levou à lógica conclusão de que a vedação da concessão de liberdade provisória a qualquer crime hediondo não era razoável. Assim, o entendimento doutrinário e jurisprudencial tomou força no sentido de que a liberdade provisória poderia ser concedida no caso concreto desde que não estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva.<sup>171</sup>

Pontuam ainda, que esse posicionamento se tornou dominante nas decisões dos tribunais de forma que levou o Poder Público a editar a Lei nº 11.464/2007, que excluiu a inconceptibilidade de liberdade provisória na Lei de Crimes Hediondos.<sup>172</sup>

Segundo estes autores, “esse mesmo entendimento não foi suficiente para impedir que a restrição fosse repetida na nova Lei de Drogas, o que soa, no mínimo, um pouco desarrazoado”.<sup>173</sup>

Assim também Pedro Paulo Guerra de Medeiros defende que:

Lei nº 11.343/2006 trouxe vedação automática, idêntica àquela anteriormente existente na Lei de Crimes Hediondos (8.072/90). Inobstante, a própria Lei de Crimes Hediondos já foi reconhecida como inconstitucional por vedar progressão de regime mediante presunção de necessidade objetiva, individualizada, como se possível fosse combinar presunção com objetividade e individualização.<sup>174</sup>

O mesmo autor lembra ainda que quanto à negativa de concessão de liberdade provisória prevista na redação original dessa Lei de Crimes Hediondos, o STF e STJ, já se pronunciaram reconhecendo a inconstitucionalidade de norma semelhante, o que restou na ADI nº 3112/DF, que vedava a concessão de liberdade no Estatuto do Desarmamento, por violação expressa a presunção de não culpabilidade e o devido processo legal, ampla defesa e contraditório.<sup>175</sup>

---

<sup>171</sup> CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, p. 160.

<sup>172</sup> CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, p. 160.

<sup>173</sup> CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, p. 161.

<sup>174</sup> MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. **Liberdade provisória sob a égide da nova Lei Antidrogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1513, 23 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10305>> Acesso em: 3 mai. 2011.

<sup>175</sup> MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. **Liberdade provisória sob a égide da nova Lei Antidrogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1513, 23 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10305>> Acesso em: 3 mai. 2011.

Assim, este autor conclui no sentido de que resta manifesto que qualquer forma presumida de se proibir a concessão de liberdade provisória é além de evidentemente incível e injusta.<sup>176</sup>

Convém também observar o posicionamento de Luiz Flávio Gomes que tem entendimento contrário ao dispositivo do art. 44 da Lei 11.343/2006 alegando que por várias vezes sustentou o pensamento no sentido de que cabe liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes.<sup>177</sup>

O autor censura a decisão proferida pelo Ministro Felix Fischer, relator do HC 81.241-GO, que indeferiu liminar que visava a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes, alegando que a decisão é “juridicamente equivocada, sendo seguidora de um punitivismo exacerbado, típico do Direito Penal do Inimigo, que foge do abrigo da razoabilidade”.<sup>178</sup>

Finaliza, Luiz Flávio Gomes, alegando que a decisão judicial proferida “não constitui expressão da cultura jurídica do seu eminente prolator”<sup>179</sup>, e também “não configura uma lição de Direito penal. Só retrata mais uma manifestação do ‘poder punitivo interno bruto’ (PPIB), que é exercido pelas agências repressivas típicas do Estado de Polícia”.<sup>180</sup>

No que diz respeito ao possível conflito aparente de normas entre a Lei de Drogas que é especial e a Lei de Crimes Hediondos que é norma geral, André Luís Callegari e Miguel Tedesco Wedy se posicionam no sentido de que as restrições mais severas, de acordo com a Constituição Federal, devem ser reservadas aos crimes hediondos e equiparados. Sendo assim, “em relação às restrições penais a

---

<sup>176</sup> MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. **Liberdade provisória sob a égide da nova Lei Antidrogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1513, 23 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10305>>. Acesso em: 3 mai. 2011.

<sup>177</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1539, 18 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10420>>. Acesso em: 9 mai. 2011.

<sup>178</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1539, 18 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10420>>. Acesso em: 9 mai. 2011.

<sup>179</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1539, 18 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10420>>. Acesso em: 9 mai. 2011.

<sup>180</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1539, 18 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10420>>. Acesso em: 9 mai. 2011.

acusados por crimes de especial gravidade, a lei especial seja a Lei nº 8.072/1990 e não a Lei 11.343/2006”.<sup>181</sup>

Sustentam ainda os autores que o que se discute é uma situação concreta de sucessão de leis penais no tempo, e não de conflito aparente de normas. Por isso, o princípio aplicado ao caso em tela é o da posteridade e não o da especialidade, que pressupõe a vigência concomitante de duas ou mais leis aparentemente aplicáveis ao caso concreto.<sup>182</sup>

Portanto, para estes autores, “deverá prevalecer o entendimento de que, com a publicação da Lei 11.464/2007, tornou-se admissível no plano legislativo a liberdade provisória do acusado por crime de tráfico de drogas”.<sup>183</sup>

No mesmo raciocínio fundamenta Luiz Flávio Gomes<sup>184</sup>, sobre um possível conflito aparente de normas entre a Lei de Drogas e a Lei de Crimes Hediondos. Veja-se.

No caso do tráfico de drogas, equiparado a crime hediondo desde 1990, a proibição da liberdade provisória foi reiterada na nova lei de drogas (Lei nº 11.343/2006), mais precisamente em seu artigo 44. Desde 8 de outubro de 2006 (data em que entrou em vigor esta última lei) essa proibição, portanto, achava-se presente tanto na lei geral (lei dos crimes hediondos) como na lei especial (lei de drogas).

Conclui assim o autor:

Esse cenário, contudo, foi completamente alterado com o advento da Lei nº 11.464/2007 (vigente desde 29/03/07), que, alterando a redação do artigo 2º, II, da Lei nº 8.072/90, aboliu a vedação da liberdade provisória.

Posto isso, assegura Luiz Flávio Gomes que “desapareceu do citado artigo 44 a proibição da liberdade provisória, porque a lei nova revogou explicitamente a antiga”.<sup>185</sup>

---

<sup>181</sup> CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, p. 164.

<sup>182</sup> CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, p. 164.

<sup>183</sup> CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, p. 164.

<sup>184</sup> GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Cabe liberdade provisória no tráfico de drogas?** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1703, 29 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10996>>. Acesso em: 3 mai. 2011.

<sup>185</sup> GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Cabe liberdade provisória no tráfico de drogas?** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1703, 29 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10996>>. Acesso em: 3 mai. 2011.

Assevera ainda este mesmo doutrinador que sendo assim, neste caso, “o princípio regente é o da posterioridade (lei posterior revoga a anterior), não o da especialidade, que pressupõe a vigência concomitante de duas ou mais leis, aparentemente aplicáveis ao caso concreto”.<sup>186</sup>

Desta maneira, conclui que uma coisa é o instituto da sucessão de leis (conflito de leis no tempo) e outra o conflito aparente de leis: Veja-se.

A diferença entre o conflito aparente de leis penais (ou de normas penais) e a sucessão de leis penais (conflito de leis penais no tempo) é a seguinte: o primeiro pressupõe (e exige) duas ou mais leis em vigor (sendo certo que por força do princípio *ne bis in idem* uma só norma será aplicável); no segundo (conflito de leis penais no tempo) há uma verdadeira sucessão de leis, ou seja, a posterior revoga (ou derroga) a anterior. Uma outra distinção: o conflito aparente de leis penais é regido pelos princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção. O que reina na sucessão de leis penais é o da posterioridade.<sup>187</sup>

Outra vez, Luiz Flávio Gomes faz analogia entre o antigo tratamento dado à Lei de Tortura e a nova redação da lei crimes hediondos, alertando sobre a celeuma que gira em torno da aplicabilidade da Lei nº 8.072/1990 ou Lei nº 11343/2006 no delito de tráfico de drogas, ensinando que não se trata de conflito aparente de normas, mas deve ser aplicado, neste caso, o princípio da posterioridade da lei. Veja-se:

A questão se torna complexa apenas quando a lei posterior é *especial*. Isso se deu com a Lei 9.455/1997 (lei da tortura), que passou a permitir progressão de regime. A jurisprudência da época (que hoje perdeu sentido em razão do advento da Lei 11.464/2007) acabou se firmando no sentido de que “não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura” (Súmula 698 do STF, que perdeu sentido a partir do momento em que o próprio STF julgou inconstitucional a proibição de progressão de regime nos crimes hediondos – HC 82.959). Nessa súmula assentou-se a inaplicabilidade do princípio da posterioridade quando a lei posterior é especial. Ou seja: lei posterior especial (Lei 9.455/1997) não revoga a lei anterior geral (Lei 8.072/1990), isto é, só vale para os casos específicos nela definidos.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1539, 18 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10420>>. Acesso em: 25 fev. 2011.

<sup>187</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1539, 18 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10420>>. Acesso em: 25 fev. 2011.

<sup>188</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1539, 18 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10420>>. Acesso em: 25 fev. 2011.

Assevera ainda que:

O inverso é diferente: lei posterior geral revoga lei anterior especial. É por isso que a nova lei geral dos crimes hediondos (Lei 11.464/2007) vale para o caso de tortura (regida por lei especial), inclusive no que diz respeito à exigência de 2/5 ou 3/5 (primário ou reincidente) para a progressão de regime, ressalvados os fatos precedentes (ocorridos até 28.03.07), que continuam admitindo progressão depois de 1/6 da pena (art. 112 da LEP).<sup>189</sup>

Por isso, conclui o autor, com o advento da Lei 11.464/2007, que é a nova lei geral dos crimes hediondos e equiparados, em conflito com a Lei 11.343/2006, lei especial de drogas, deu-se a mesma coisa. Tendo em vista que a lei nova posterior que é geral, revoga ou derroga a anterior especial.<sup>190</sup>

Finaliza Luiz Flávio Gomes, afirmando que posto que “ocorreu a derrogação do art. 44 da Lei 11.343/2006 na parte em que proibia a liberdade provisória, desde 29.03.07, este já não pode ser utilizado”. Visto que o princípio correto a ser utilizado no caso em comento é o da posteridade, em que a lei posterior afasta a anterior, e não o da especialidade, que pressupõe a existência de duas ou mais leis vigentes.<sup>191</sup>

## 5.5 O STF E A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Por muito tempo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se posicionou, e alguns Ministros ainda se posicionam, no sentido de não permitir a concessão da liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas em face do

---

<sup>189</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1539, 18 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10420>>. Acesso em: 25 fev. 2011.

<sup>190</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1539, 18 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10420>>. Acesso em: 25 fev. 2011.

<sup>191</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1539, 18 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10420>>. Acesso em: 25 fev. 2011.

dispositivo do art. 44 da Lei 11.343/2006. Este entendimento foi retomado pelo Ministro Eros Grau em julgamento do Habeas Corpus 95.539/CE.<sup>192</sup>

Na mesma linha de raciocínio, foi o voto do Ministro Ricardo Lewandowski que indeferiu liminar no HC 100.831/MG, alegando em suma:

Em que pese o tráfico ilícito de drogas ser tratado como equiparado a hediondo, a Lei 11.343/2006 é especial e posterior àquela – Lei 8.072/90. Por essa razão, a liberdade provisória viabilizada aos crimes hediondos e equiparados pela Lei 11.464/2007 não abarca, em princípio, a hipótese de tráfico ilícitos de drogas.<sup>193</sup>

Assim também foi, e continua sendo, o posicionamento da Ministra Ellen Gracie nos HC 96041<sup>194</sup> e HC 97579, que negou o pedido liminar de relaxamento de prisão por tráfico nos seguintes termos, alegando que “Nos termos dos artigos 5º, XLIII, da Constituição Federal, e 44, caput, da Lei 11.343/06, o crime de tráfico ilícito de drogas não admite a concessão de liberdade provisória”, acrescentou que “primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita são circunstâncias que, por si só, não afastam a possibilidade da preventiva”.<sup>195</sup>

Por outro lado, insta salientar que os Ministros da Corte Máxima Brasileira que não admitiam a concessão da liberdade provisória têm mudado seu posicionamento e se alinhado ao pensamento defendido pelo Ministro Celso de Mello no HC 96.715-9/SP:

---

<sup>192</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 95.539/CE. Impetrante: NELSON GONÇALVES MACÊDO MAGALHÃES E OUTRO (A/S): Ministro Eros Grau. Ceará, CE 25 de novembro de 2008. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2E%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 08 mai.2011.

<sup>193</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 100.831/MG. Impetrante: Defensoria Pública da União: Ministro Ricardo Lewandowski. Minas Gerais, MG30 de novembro de 2009. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2E%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 08 mai.2011.

<sup>194</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 96041/SP. Impetrante Henrique Perez Esteves e outro (a/s): Ministra Ellen Gracie. São Paulo. 02 de fevereiro de 2010. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2E%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 08 mai.2011.

<sup>195</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 97579/MT. Impetrante: Ulysses Ribeiro e outro (s/a): Ministra Ellen Gracie. Mato Grosso, 02 de fevereiro de 2010. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2E%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 08 mai.2011.

[...] a vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, reiterada no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), tem sido repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível, independentemente da gravidade objetiva do delito, com a presunção de inocência e a garantia do '*due process*', dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República.<sup>196</sup>

Este mesmo posicionamento também foi defendido pelo Ministro Celso de Mello ao deferir liminar no HC 97.976/MG.<sup>197</sup>

Afirmando que o posicionamento do STF é o de que o preso em flagrante por tráfico de entorpecentes não tem direito à liberdade provisória, por expressa vedação do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, o Ministro Eros Grau reformulou seu posicionamento e concedeu liminar em pedido de *Habeas Corpus*, alegando que o Ministro Celso de Mello, ao deferir a liminar requerida no HC 97.976/MG, já havia destacado que o tema está a merecer reflexão por parte da Corte Suprema.<sup>198</sup>

Assim, decidiu Eros Grau, que a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, é expressiva de afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa.<sup>199</sup>

No HC 98966<sup>200</sup>, o mesmo Ministro proferiu a seguinte decisão:

[...] A vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo artigo 44 da lei n. 11.343/06, consubstancia afronta escancarada aos princípios da presunção da

---

<sup>196</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 533. **STF**. Proibição Legal de Liberdade Provisória - Lei de Drogas - Restrição Constitucional (HC 96715-MC/SP). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo533.htm#transcricao2> Acesso em: 08 mai. 2011.

<sup>197</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 97.976/MG. Impetrante: Defensoria Pública da União: Ministro Celso De Melo. São Paulo. 09 de março de 2009. **STF**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2EENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> > Acesso em: 08 mai.2011.

<sup>198</sup> MARCÃO, Renato. **A liberdade provisória na visão do Supremo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-12/liberdade-provisoria-traffic-drogas-visao-supremo>> Acesso em: 03 mai. 2011

<sup>199</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 100745/SC. Impetrante Marcelo Gonzaga: Ministro Eros Grau . Santa Catarina. 02 de março de 2010. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2EENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> > Acesso em: 08 mai.2011.

<sup>200</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 98966/SC. Impetrante César Castelucci Lima e outro (a/s): Ministro Eros Grau . Santa Catarina. 02 de fevereiro de 2010. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2EENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> > Acesso em: 08 mai.2011.



inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana [arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII, da CB/88]. Daí a necessidade de adequação desses princípios à norma veiculada no artigo 5º, inciso XLII, da CB/88.

Continua Eros Grau afirmando que:

Não há antinomia na Constituição do Brasil. Se a regra nela estabelecida, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade, sendo a prisão a exceção, existiria conflito de normas se o artigo 5º, inciso XLII estabelecesse expressamente, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória.

Sendo assim, afirma o Ministro Relator que “nessa hipótese, o conflito dar-se-ia, sem dúvida, com os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da ampla defesa e do devido processo legal”.<sup>201</sup>

Assegura ainda este Ministro que é inadmissível, que diante das garantias constitucionais, “possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, além do mais impossibilitado de usufruir benefícios da execução penal”. Finaliza pontuando que a inconstitucionalidade do preceito legal lhe parece inquestionável.<sup>202</sup>

Colaciona-se também a decisão da segunda turma do STF, proferida pelo Ministro Celso de Melo, que julgou o HC 100362-MC/SP e concedeu a Ordem assegurando direito à liberdade provisória a acusado pela prática incursa na lei de tráfico de entorpecentes previsto no art. 33 da Lei de Drogas. *Verbis*:

Ementa: “habeas corpus”. Vedação legal absoluta, imposta em caráter apriorístico, inibitória da concessão de liberdade provisória nos crimes tipificados no art. 33, “caput” e § 1o, e nos arts. 34 a 37, todos da lei de drogas. Possível inconstitucionalidade da regra legal vedatória (art. 44). Ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do “due process of law”, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. O significado do princípio da proporcionalidade, visto sob a perspectiva da “proibição do excesso”: fator de contenção e conformação da própria atividade normativa do estado. Precedente do supremo tribunal federal: adi 3.112/df (estatuto do desarmamento, art. 21). Caráter extraordinário da privação cautelar da liberdade individual. Não se decreta nem se mantém prisão cautelar, sem que haja real necessidade de sua efetivação, sob pena

---

<sup>201</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 98966/SC. Impetrante César Castelucci Lima e outro (a/s): Ministro Eros Grau . Santa Catarina. 02 de fevereiro de 2010. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2EENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> > Acesso em: 08 mai.2011.

<sup>202</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 98966/SC. Impetrante César Castelucci Lima e outro (a/s) : Ministro Eros Grau . Santa Catarina. 02 de fevereiro de 2010. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2EENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> > Acesso em: 08 mai.2011.

de ofensa ao “status libertatis” daquele que a sofre. Precedentes. Medida cautelar deferida.<sup>203</sup>

No mesmo sentido é o informativo nº 566 do STF que apontou decisão da segunda turma no *Habeas Corpus* nº 100742/SC. Veja-se:

A Turma, superando a restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu de ofício, habeas corpus para assegurar a denunciado pela suposta prática do delito de tráfico de substância entorpecente (Lei 11.343/2006, art. 33) o direito de permanecer em liberdade, salvo nova decisão judicial em contrário do magistrado competente fundada em razões supervenientes. Enfatizou-se que a prisão cautelar do paciente fora mantida com base, tão-somente, no art. 44 da Lei 11.343/2006 (“Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”) que, segundo a Turma, seria de constitucionalidade, ao menos, duvidosa.<sup>204</sup>

No caso do HC 96041/SP a Ministra Ellen Gracie, relatora do processo, teve seu voto vencido. Assim, sob a presidência do então Ministro César Peluso, foi concedido a Ordem para que o acusado de participação no crime de tráfico de drogas aguardasse o trânsito em julgado da sentença em liberdade. Veja-se a ementa da decisão.

EMENTA: AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Manutenção de flagrante. Decisão fundada apenas em referência ao art. 44 da Lei nº 11.343/06. Inadmissibilidade. Insuficiência da mera capitulação normativa do delito. Necessidade da demonstração de existência de uma das causas previstas no art. 312 do CPP. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. Voto vencido. Interpretação do art. 5º, incs. XLIII, LIV, LV, LXI, LXVI, LVII, da CF, e art. 310 do CPP. É ilegal a decisão que mantém prisão em flagrante ou decreta prisão preventiva, mediante simples referência ao disposto no art. 44 da Lei nº 11.343, de 2006, sem mencionar a existência de uma das causas previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> BRASIL, Superior Tribunal Federal. **STF**. Medida Cautelar no Habeas Corpus: HC 100362 SP. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5422093/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-100362-sp-stf>> Acesso em: 08 mai. 2011.

<sup>204</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 566. **STF**. Liberdade Provisória e Tráfico de Drogas. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo566.htm#Liberdade Provisória e Tráfico de Drogas](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo566.htm#Liberdade%20Provis%C3%B3ria%20e%20Tr%C3%A1fico%20de%20Drogas) > Acesso em: 08 mai. 2011.

<sup>205</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 96042/SP. Impetrante: Henrique Perez Esteves e outro (a/s): Ministra Ellen Gracie . São Paulo 02 de fevereiro de 2010. **STF**. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2EENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> > Acesso em: 08 mai.2011.

Ainda convém observar, que no HC 97579/MT, anteriormente citado, a Ministra Ellen Gracie foi outra vez voto vencido e, mediante o voto favorável do Ministro Eros Grau, o Ministro César Peluso concedeu Ordem de *Habeas Corpus* para conceder liberdade ao acusado pela prática de crime disposto no art. 44 Lei de Drogas. Eis o teor do acórdão:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO EM FLAGRANTE. GRAVIDADE DO CRIME. REFERÊNCIA HIPOTÉTICA À POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DE INFRAÇÕES PENAIS. FUNDAMENTOS INIDÔNIOS PARA A CUSTÓDIA CAUTELAR. VEDAÇÃO DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AO PRESO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES [ART. 44 DA LEI N. 11.343/06]. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que a gravidade do crime não justifica, por si só, a necessidade da prisão preventiva. Precedentes. 2. A referência hipotética à mera possibilidade de reiteração de infrações penais, sem nenhum dado concreto que lhe dê amparo, não pode servir de supedâneo à prisão preventiva. Precedente. 3. A vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo artigo 44 da lei n. 11.343/06, consubstancia afronta escancarada aos princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana [arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII, da CB/88]. Daí a necessidade de adequação desses princípios à norma veiculada no artigo 5º, inciso XLII, da CB/88. 4. A inafiançabilidade, por si só, não pode e não deve constituir-se em causa impeditiva da liberdade provisória. 5. Não há antinomia na Constituição do Brasil. Se a regra nela estabelecida, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade, sendo a prisão a exceção, existiria conflito de normas se o artigo 5º, inciso XLII estabelecesse expressamente, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória. Nessa hipótese, o conflito dar-se-ia, sem dúvida, com os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da ampla e do devido processo legal. 6. É inadmissível, ante tais garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, além do mais impossibilitado de usufruir benefícios da execução penal. A inconstitucionalidade do preceito legal me parece inquestionável. Ordem concedida a fim de que a paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.<sup>206</sup>

Quanto à tendência de uma possível declaração de inconstitucionalidade do dispositivo que veda a concessão da liberdade provisória na lei de drogas, por parte do Supremo Tribunal Federal, a doutrina acentua que num passado não muito distante, o art. 21 da Lei de Armas que possuía conteúdo idêntico ao art. 44 da Lei

---

<sup>206</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 97579/MT. Impetrante: Ulysses Ribeiro e outro (s/a): Ministra Ellen Gracie. Mato Grosso, 02 de fevereiro de 2010. **STF**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2EENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 08 mai.2011.

de Drogas (não concessão da liberdade provisória) foi declarado inconstitucional pelo STF através da ADI 3112/DF.<sup>207</sup>

Neste sentido discorreu Renato Marcão afirmando que:

[...] Ainda que tardiamente, o Supremo Tribunal Federal vem revendo seu posicionamento, de maneira a reconhecer a inconstitucionalidade da vedação *a priori* à liberdade provisória, e, de consequência, a insubsistência da negativa ao benefício com fundamento exclusivo na literalidade do artigo 44 da Lei de Drogas.<sup>208</sup>

Pensamento reforçado ainda pela doutrina de André Luís Callegari e Miguel Tedesco Wedy que afiançam que a decisão proferida na ADI 3113/DF pode servir de parâmetro e fundamento para um futuro reconhecimento da inconstitucionalidade difusa ou concreta da vedação à liberdade provisória tipificada no art. 44 da Lei. 11.343 de 2006.<sup>209</sup>

## 5.6 APONTAMENTOS SOBRE A LEI Nº 12.403/2011

Em tempo, convém informar sobre o advento da Lei nº 12.403, publicada no dia 04 de maio de 2011. Altera diversos artigos no Código de Processo Penal, Decreto de Lei nº 3.689/1941, e entrará em vigor a partir de julho do corrente ano. A presente Lei discorre sobre prisão cautelar, fiança, liberdade provisória e dispõe sobre outras medidas cautelares.<sup>210</sup>

Mesmo em face do exíguo tempo decorrente da conclusão desta apresentação sobre liberdade provisória e a edição da nova Lei reformadora do CPP do ano de 2011, já se alastram posicionamentos por parte da doutrina no sentido de

---

<sup>207</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1539, 18 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10420>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

<sup>208</sup> MARCÃO, Renato. **A liberdade provisória na visão do Supremo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-12/liberdade-provisoria-trafico-drogas-visao-supremo>> Acesso em: 03 mai. 2011.

<sup>209</sup> CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 165.

<sup>210</sup> BRASIL, LEI Nº 12.304, de 04 de Maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Planalto**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm)> Acesso em: 19 abr. 2011.

que a nova norma 'vai ao encontro de uma melhor implementação do princípio da presunção'.<sup>211</sup>

Segundo nota da Defensoria Pública da Bahia, a nova redação "interferirá diretamente na manutenção ou decretação das prisões cautelares, uma vez que os juízes da área criminal terão que adequar o seu posicionamento pessoal às novas prescrições legais".<sup>212</sup>

Para o defensor Rodrigo Alves, a mudança tem caráter positivo, "pois antes de decretar uma prisão processual, o juiz terá que explicar porque não adota medidas cautelares diversas na segregação".<sup>213</sup>

Sobre a atuação da Defensoria Pública, acrescenta Rodrigo Alves que "a mudança para o órgão é que os defensores terão que controlar com mais rigor a atividade judicial pertinente à fundamentação de um decreto de prisão cautelar".<sup>214</sup>

A nova lei altera ainda a prisão preventiva que passa a ser decretada somente quando não for possível a substituição por outra medida cautelar, tais como: comparecimento periódico em juízo, proibição de frequentar determinados lugares, recolhimento domiciliar no período noturno, monitoramento eletrônico, dentre outras.<sup>215</sup>

Outro ponto levantado foi o fortalecimento da fiança como preceito na legislação Processual Penal Brasileira, sendo assim, volta a valer a regra geral da liberdade provisória mediante fiança, apesar dos crimes inafiançáveis previstos na Constituição de 1988, dentre eles: o racismo; tráfico ilícito de entorpecentes;

---

<sup>211</sup> DEFENSORIA DO ESTADO DA BAHIA, Assessoria de Imprensa. **Mudança na Lei 12.403 vai entrar em vigor a partir de julho: Jusbrasil.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2676412/mudanca-na-lei-12403-vai-entrar-em-vigor-a-partir-de-julho> Acesso em: 16 mai. 2011.

<sup>212</sup> DEFENSORIA DO ESTADO DA BAHIA, Assessoria de Imprensa. **Lei altera liberdade provisória e outras medidas cautelares: Jusbrasil.** Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2680166/lei-altera-liberdade-provisoria-e-outras-medidas-cautelares> > Acesso em: 16 mai. 2011.

<sup>213</sup> DEFENSORIA DO ESTADO DA BAHIA, Assessoria de Imprensa. **Mudança na Lei 12.403 vai entrar em vigor a partir de julho: Jusbrasil.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2676412/mudanca-na-lei-12403-vai-entrar-em-vigor-a-partir-de-julho> Acesso em: 16 mai. 2011.

<sup>214</sup> DEFENSORIA DO ESTADO DA BAHIA, Assessoria de Imprensa. **Mudança na Lei 12.403 vai entrar em vigor a partir de julho: Jusbrasil.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2676412/mudanca-na-lei-12403-vai-entrar-em-vigor-a-partir-de-julho> Acesso em: 16 mai. 2011.

<sup>215</sup> BRASIL, LEI Nº 12.304, de 04 de Maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Planalto**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm) > Acesso em: 19 abr. 2011.

terrorismo; tortura; crimes cometidos por grupos armados; contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.<sup>216</sup>

Posto estas considerações sobre a nova lei em vigor, destaca-se que a nova norma não solucionou a problemática sobre o tema proposto que é a potencial inconstitucionalidade da vedação da concessão da liberdade provisória na Lei de Drogas.

---

<sup>216</sup> DEFENSORIA DO ESTADO DA BAHIA, Assessoria de Imprensa. **Mudança na Lei 12.403 vai entrar em vigor a partir de julho**: Jusbrasil. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2676412/mudanca-na-lei-12403-vai-entrar-em-vigor-a-partir-de-julho>> Acesso em: 16 mai. 2011.

## CONCLUSÃO

A vedação da concessão de liberdade provisória no Direito Brasileiro tem promovido debates entre os estudiosos do Direito Penal e Processual Penal. Os questionamentos apontam irregularidades no sentido de que a vedação da concessão de liberdade não se alinha aos preceitos constitucionais de Estado de Inocência, Devido Processo Legal, e Dignidade da Pessoa Humana.

Antes de analisar a possível inconstitucionalidade deste instituto, procurou-se apresentar um desenvolvimento histórico e lógico da prisão, tendo em vista que é corolário da liberdade provisória.

Inicialmente discorreu-se sobre os mais importantes princípios do direito processual penal, visto que tais princípios são utilizados pela doutrina e jurisprudência para fundamentar a inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória no ordenamento jurídico brasileiro e, especificamente, do art. 44 da Lei de Entorpecentes. Logo após, foi feita a análise das modalidades de prisão e de concessão de liberdade provisória. Depois, discutiu-se sobre a vedação da concessão da liberdade provisória nas principais leis penais como: Lei de Armas, Lei de Crimes Hediondos, dentre outras.

Por fim, discorreu-se sobre a relação entre a Teoria do Direito Penal do Inimigo, sua relação com a Lei de Drogas, e a possível inconstitucionalidade da norma erigida no art. 44 da Lei 11.343/2006 à luz da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Faz-se importante esta estrutura analítica tendo em vista que ao tratar do tema de liberdade provisória, é imperioso que se discorra sobre os princípios que a asseguram, sobre a historicidade e evolução das penas, sobre prisão e modalidades de concessão de liberdade provisória admitidas.

Nesse sentido, o presente trabalho buscou resposta para o problema da vedação da concessão da liberdade provisória no crime de tráfico de entorpecentes, analisando o posicionamento doutrinário e a tendência do Supremo Tribunal Federal em declarar inconstitucional a vedação da concessão da liberdade provisória na Lei de Drogas, nos moldes da ADI nº 3112/DF, ou ainda, através de norma editada pelo Poder Legiferante, como ocorreu após a vigência da Lei nº 11.464/ 2007, que deu nova redação à Lei de Crimes Hediondos e extirpou a vedação apriorística da Liberdade Provisória neste instituto.

O presente trabalho se faz importante visto que a matéria aqui discutida é alvo de uma enorme demanda no Judiciário, e, por se tratar de matéria controversa, e de ordem constitucional, tem percorrido todas as instâncias até findar na Suprema Corte Pátria, sendo que, com a edição de uma nova redação da lei ou declaração da inconstitucionalidade do dispositivo restaria encerrada a discussão.

Convém ainda salientar que o texto da Lei de Drogas, em seu art. 44, tem sido alvo da doutrina que assevera que o Poder Público tem se apossado de ensinamentos estranhos, como a Teoria do Direito Penal do Inimigo, como forma desesperada de dar resposta à altura à violência e à criminalidade, esquecendo-se, desta forma, dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito conquistados a preço de sangue ao longo da história.

Desse modo, a presente exposição cumpriu com seu objetivo, que era analisar a discussão que gira em torno da vedação da concessão da liberdade provisória na ótica da doutrina e dos tribunais, dando ênfase à Lei de Drogas. Além de demonstrar a necessidade de se chegar a um consenso, ou através da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343 de 2006, ou ainda, ao editar nova norma que se adeque aos princípios constitucionais existentes, por se tratar de assunto de relevante interesse social.

Insta salientar ainda, que após a conclusão desta apresentação, foi promulgada a Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011 a qual reformulou partes do Código de Processo Penal Brasileiro trazendo modificações quanto às prisões cautelares, fiança, e liberdade provisória, cujo conteúdo se trouxe em anexo.



## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, André. **Due Process Of Law: Influências Anglo-saxônicas no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: <

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2656/Due-Process-Of-Law-Influencias-Anglo-saxonicas-no-Ordenamento-Juridico-Brasileiro>> Acesso em: 28 mar. 2011.

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Breves anotações sobre o princípio da ampla defesa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3166>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

ANDRADE, Camila. **É constitucional a vedação legal da liberdade provisória?** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/122008/e-constitucional-a-vedacao-legal-da-liberdade-provisoria-camila-andrade>> Acesso em 18 abr. 2011.

BARROSO, JORGE. **Anotações aos Direitos Individuais IV**. Disponível em: <[http://www.jorgebarroso.pro.br/index.php?option=com\\_content&task=blogcategory&d=24&Itemid=48&limit=9&limitstart=9](http://www.jorgebarroso.pro.br/index.php?option=com_content&task=blogcategory&d=24&Itemid=48&limit=9&limitstart=9)> Acesso em: 26 abr. 2011.

BENAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5 ed., p. 328 Apud RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOMFIM, Marcia Monassi Mougenot; BOMFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de dinheiro**. 1º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BRASIL, **Convenção Americana de Direitos Humanos 1969 ( Pacto de San José da Costa Rica)**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 29 mar. 2011.

BRASIL, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)> Acesso em: 29 mar. 2011.

BRASIL, Decreto-Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Planalto**, Brasília, DF 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>> Acesso em: 05 abr. 2011.

BRASIL, Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. **Planalto**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm)> Acesso em: 06 abr. 2011.

BRASIL, Lei nº 11.343, De 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Planalto**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm)> Acesso em: 05 abr. 2011.

BRASIL, Lei nº 12.304, de 04 de Maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Planalto**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm)> Acesso em: 19 abr. 2011.

BRASIL, Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Planalto**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm)> Acesso em: 05 abr. 2011.

BRASIL, Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Planalto**, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm)> Acesso em: 19 abr. 2011.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus: HC 100362 SP**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5422093/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-100362-sp-stf>> Acesso em: 08 mai. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 533. **STF**. Proibição Legal de Liberdade Provisória - Lei de Drogas - Restrição Constitucional (HC 96715-MC/SP). Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo566.htm#Liberdade Provisória e Tráfico de Drogas](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo566.htm#LiberdadeProvisoria_e_Trafico_de_Drogas)> Acesso em: 08 mai. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 566. **STF**. Liberdade Provisória e Tráfico de Drogas. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo566.htm#Liberdade Provisória e Tráfico de Drogas](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo566.htm#LiberdadeProvisoria_e_Trafico_de_Drogas)> Acesso em: 08 mai. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **STF**: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112/DF. Disponível em: <<http://www.tce.al.gov.br/sti/download/cd/legislacao/Voto%20STF.pdf>> Acesso em 19 abril 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **STF**: Súmula nº 619. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada, stf-sumula-619,2027.html>> Acesso em: 16 abr. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **STF**: Súmula Vinculante nº 25. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV\\_31.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_31.pdf)> acesso em: 05 abr. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal: Direito Penal e Processual Penal. Recurso de Habeas Corpus nº 66.905/PR, Relator Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, Publicação DJ: 10/2/1989, p. 383. Julgamento: 4/11/1988 – Primeira Turma **STF**. Brasília, DF.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Processual Penal e Direito Penal. Recurso Extraordinário nº 466343/S. Recte: Banco Bradesco /SA. Relator: Ministro Cesar Peluso. São Paulo, SP, 03 de Dezembro de 2008. STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia.htm>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Processual Penal e Direito Penal. Habeas Corpus nº 8785/TO. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tocantins/TO, 03 de Dezembro de 2008. **STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia.htm>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Processual Penal e Direito Penal. Habeas Corpus nº 94404/SP. Paciente: Kiavash Joorabchian. Relator: Ministro Celso de Melo. São Paulo/SP, 18 de novembro de 2008. **STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/jurisprudencia.htm>>. Acesso em: 17 de abr. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 100.831/MG. Impetrante: Defensoria Pública da União: Ministro Ricardo Lewandowski. Minas Gerais, MG30 de novembro de 2009. **STF**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2EENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 08 mai.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 100.831/MG. Impetrante: Defensoria Pública da União: Ministro Ricardo Lewandowski. Minas Gerais, MG30 de novembro de 2009. **STF**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2EENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 08 mai.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 100745/SC. Impetrante: Marcelo Gonzaga: Ministro Eros Grau. Santa Catarina. 02 de março de 2010. **STF**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2EENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 08 mai.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 10.0745/SC. Impetrante Marcelo Gonzaga: Ministro Eros Grau. Santa Catarina. 02 de março de 2010. **STF**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2ENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 08 mai.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 95.539/CE. Impetrante: NELSON GONÇALVES MACÊDO MAGALHÃES E OUTRO (A/S): Ministro Eros Grau. Ceará, CE 25 de novembro de 2008. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2ENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 08 mai.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 96.041/SP. Impetrante Henrique Perez Esteves e outro (a/s): Ministra Ellen Gracie. São Paulo. 02 de fevereiro de 2010. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2ENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 08 mai.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 96.042/SP. Impetrante: Henrique Perez Esteves e outro (a/s): Ministra Ellen Gracie . São Paulo 02 de fevereiro de 2010. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2ENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 08 mai.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 97.976/MG. Impetrante: Defensoria Pública da União: Ministro Celso De Melo. São Paulo. 09 de março de 2009. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2ENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 08 mai.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 97.579/MT. Impetrante: Ulysses Ribeiro e outro (s/a): Ministra Ellen Gracie. Mato Grosso, 02 de fevereiro de 2010. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2ENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 08 mai.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 98966/SC. Impetrante César Castelucci Lima e outro (a/s): Ministro Eros Grau. Santa Catarina. 02 de fevereiro de 2010. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884219%2ENUME%2E+OU+84219%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 08 mai.2011.

CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra – Portugal, Ed. Livraria Almedina, 1.<sup>a</sup> ed., 1997.

COSTA, Eduardo Henrique. **A inconstitucionalidade da vedação absoluta à concessão de liberdade provisória**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2842, 13 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18895>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

DEFENSORIA DO ESTADO DA BAHIA, Assessoria de Imprensa. **Lei altera liberdade provisória e outras medidas cautelares**: Jusbrasil. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2680166/lei-altera-liberdade-provisoria-e-outras-medidas-cautelares>> Acesso em: 16 mai. 2011.

DEFENSORIA DO ESTADO DA BAHIA, Assessoria de Imprensa. **Mudança na Lei 12.403 vai entrar em vigor a partir de julho**: Jusbrasil. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2676412/mudanca-na-lei-12403-vai-entrar-em-vigor-a-partir-de-julho>> Acesso em: 16 mai. 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Básico de Língua Portuguesa**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1393.

FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Luís Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal)**. Disponível em: <[http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_47.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf)> Acesso em: 26 abr. 2011.

GOMES, Luís Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigo do Direito Penal)**. Disponível em: <[http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_47.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf)> Acesso em: 26 abr. 2011. Apud JAKOBS, Günter; MELIÁ, Cancio Manuel, **Derecho penal del enemigo**, Madrid: Civitas, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Histórica mesa redonda sobre o direito penal do inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1564, 13 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10541>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Liberdade provisória no delito de tráfico de drogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1539, 18 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10420>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O Crime Organizado na visão da Convenção de Palermo**. Disponível em: <<http://blogdanielaalves.wordpress.com/2008/03/31/o-crime-organizado-na-visao-da-convencao-de-palermo/>> Acesso em: 19 abr. 2011.

JACOB, Rodrigo de Moura. **Proibição de fiança em caso de lavagem é inconstitucional**. Disponível em: <[http://www.correioforense.com.br/noticia\\_pdf/id/607/titulo/Proibicao\\_de\\_fianca\\_em\\_caso\\_de\\_lavagem\\_e\\_inconstitucional.html](http://www.correioforense.com.br/noticia_pdf/id/607/titulo/Proibicao_de_fianca_em_caso_de_lavagem_e_inconstitucional.html)> Acesso em 26 abr. 2011.

JAKOBS, Güncher; Meliá, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo. Breves considerações**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do inimigo**. Breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10836>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

LEMINI, Matheus Magnus Santos. **Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7619](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619)> Acesso em :25 abr.2011.

LIMA, Isan Almeida. **Limites jurídicos ao princípio da informalidade no processo do trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2490, 26 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14738>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

MARCÃO, Renato. **A liberdade provisória na visão do Supremo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-12/liberdade-provisoria-traffic-drogas-visao-supremo>> Acesso em: 03 mai. 2011.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006- Nova Lei de Drogas**. São Paulo: Saraiva. 2008.

MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. **Liberdade provisória sob a égide da nova Lei Antidrogas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1513, 23 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10305>> Acesso em: 3 mai. 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NIKITENKO, Viviani Gianine. **Aspectos do Princípio da Presunção de Inocência e do Princípio In Dubio Pro Reo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1079, 15 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8513>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

OLIVEIRA, Edmundo. **Direito Penal do Futuro: a prisão virtual**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

PARENTONI, Roberto Bartolomeu. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: <<http://www.artigos.com/artigos/sociais/direito/direito-penal-do-inimigo-1643/artigo/>> Acesso em: 26 abr. 2011.

PEDROSO YOSHIKAWA, Daniella Parra. **O que se entende por prisão processual?** Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2537638/o-que-se-entende-por-prisao-processua> > Acesso em: 05 mai. 2011.

PELLIZZARO, André Luiz. **Liberdade provisória em crimes hediondos.**

Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8522/liberdade-provisoria-em-crimes-hediondos>> Acesso em: 19 abr. 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.3.

SCHREIBER, Simone. **O princípio da presunção de inocência.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: Acesso em: 27 mar. 2011.

SCHREIBER, Simone. **O princípio da presunção de inocência.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em:

<http://jus.uol.com.br/revista/autor/simone-schreiber>. Acesso em: 27 mar. 2011.

SILVA, José Ribamar da. **Prisão: Ressocializar Para Não Reincidir.** Curitiba: 2003.

Disponível em: <[http://](http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf)

[www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia\\_joseribamar.pdf](http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf)>. Acesso em: 23 mar.2011.

TOMÉ PRACIANO, Elisabeba Rebouças. **O Direito de Punir na Constituição de 1988 e os Reflexos na Execução da Pena Privativa de Liberdade.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Antônio Albuquerque de Menezes. Fortaleza, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1997. Apud RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

TOURINHO NETO, **Fernando da Costa. Prisão Virtual.** Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v. 21, n. 9, p. 57-58, set. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25237>>. Acesso em: 21 mar. 2011.

**ANEXO - LEI Nº 12.403, DE 04 DE MAIO DE 2011.**

LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011.

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

**A PRESIDENTA DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

*TÍTULO IX*

*DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA*

*Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:*

*I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;*

*II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.*

*§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.*

*§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.*

*§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.*

*§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).*



§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).” (NR)

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.” (NR)

Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

§ 1º Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.

§ 2º A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação.

§ 3º O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida. (NR)

Art. 299. A captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta. (NR)

Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes. (NR)

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º *No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.* (NR)

Art. 310. *Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:*

*I – relaxar a prisão ilegal; ou*

*II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou*

*III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.*

*Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.* (NR)

Art. 311. *Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.* (NR)

Art. 312. *A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.*

*Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).* (NR)

Art. 313. *Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:*

*I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;*

*II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;*

*III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;*

*IV – (revogado).*

*Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (NR)*

*Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. (NR)*

*Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada. (NR)*

#### *“CAPÍTULO IV*

##### *DA PRISÃO DOMICILIAR”*

*Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. (NR)*

*Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:*

*I – maior de 80 (oitenta) anos;*

*II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;*

*III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;*

*IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.*

*Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (NR)*

#### *CAPÍTULO V*

##### *DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES*

*Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:*

*I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;*

*II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;*

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX – monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (NR)

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (NR)

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

I – (revogado)

II – (revogado).” (NR)

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

*Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas. (NR)*

*Art. 323. Não será concedida fiança:*

*I – nos crimes de racismo;*

*II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;*

*III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;*

*IV – (revogado);*

*V – (revogado).(NR)*

*Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:*

*I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;*

*II – em caso de prisão civil ou militar;*

*III – (revogado);*

*IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312). (NR)*

*Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:*

*a) (revogada);*

*b) (revogada);*

*c) (revogada).*

*I – de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;*

*II – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.*

*§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:*

*I – dispensada, na forma do art. 350 deste Código;*

*II – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou*

III – aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

§ 2º (Revogado):

I – (revogado);

II – (revogado);

III – (revogado).(NR)

Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória. (NR)

“Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.” (NR)

Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).” (NR)

Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.(NR)

Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

I – regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II – deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III – descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV – resistir injustificadamente a ordem judicial;

V – praticar nova infração penal dolosa. (NR)

Art. 343. O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva. (NR)

Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta. (NR)

*Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei. (NR)*

*Art. 346. No caso de quebramento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei. (NR)*

*Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.*

*Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código.” (NR)*

*Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral. (NR)*

*Art. 2º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 289-A:*

*Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.*

*§ 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.*

*§ 2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo.*

*§ 3º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou.*

*§ 4º O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública.*

*§ 5º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2º do art. 290 deste Código.*

*§ 6º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo.*

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação oficial.

Art. 4º São revogados o art. 298, o inciso IV do art. 313, os §§ 1º a 3º do art. 319, os incisos I e II do art. 321, os incisos IV e V do art. 323, o inciso III do art. 324, o § 2º e seus incisos I, II e III do art. 325 e os arts. 393 e 595, todos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

Brasília, 4 de maio de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

*DILMA ROUSSEFF*

*José Eduardo Cardozo*