



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

AMANDA DE MOURA SALVADOR

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA LIBERDADE
PROVISÓRIA EM CRIMES HEDIONDOS E ASSEMELHADOS

SOUSA - PB
2006

AMANDA DE MOURA SALVADOR

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA LIBERDADE
PROVISÓRIA EM CRIMES HEDIONDOS E ASSEMELHADOS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Jônica Marques Coura Aragão.

SOUSA - PB
2006

AMANDA DE MOURA SALVADOR

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA EM
CRIMES HEDIONDOS E ASSEMELHADOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em, _____

BANCA EXAMINADORA

Professor(a) Mestre Jônica Marques Coura Aragão

Examinador (a)

Examinador (a)

Sousa - PB
Novembro-2006

Dedico esta pesquisa aos meus pais, por todo apoio e incentivo que obtive nesta caminhada e em especial as minhas avós, Lica e Nair, fontes eternas do saber, com quem esperava desfrutar deste momento, mas sei que estão comigo agora, e estou com elas no meu coração.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer primordialmente a Deus, criador de tudo, por me guiar nesta caminhada e me indicar a luz nos momentos de escuridão.

Agradeço aos meus familiares por tudo vivido, por tudo sonhado, por tudo realizado enfim que sempre confiaram em meus sonhos, mesmo nos mais loucos, e me ensinaram a acreditar que é possível realizá-los, além de me mostrarem que trabalho, perseverança e honestidade são as ferramentas ideais para atingirmos nossas metas.

Agradeço a minha professora orientadora, Jônica Marques Coura Aragão, pela calma e disposição de tempo, pelo constante incentivo, sempre indicando a direção a ser tomada nos momentos de maior dificuldade, sempre interessada em participar de minhas inquietações, co-autora em vários trechos.

Agradeço aos amigos de minha terra e aos companheiros de curso, que estiveram junto comigo, mesmo quando não sabíamos quem éramos, ou mesmo agora sem saber para onde vamos, mas que sua amizade em mim representou um verdadeiro encanto.

Meus agradecimentos especiais a cidade de Sousa, a minha universidade e aos professores e funcionários da casa, responsáveis pela minha formação.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 08 |
| | |
| CAPITULO 1 ASPECTOS HISTÓRICOS, LEGAIS E PROCESSUAIS DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS..... | 12 |
| 1.1 Conceito de crime hediondo..... | 12 |
| 1.2 Antecedentes Históricos da Lei de crimes hediondos..... | 14 |
| 1.3 Alterações nas tipificações dos crimes hediondos e assemelhados..... | 17 |
| 1.4 Redação do art. 2º, II da Lei dos Crimes Hediondos..... | 21 |
| | |
| CAPITULO 2 O INSTITUTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA..... | 23 |
| 2.1 Modalidades de liberdade provisória..... | 24 |
| 2.2 Princípios que informam o Instituto da liberdade provisória..... | 26 |
| 2.3 A liberdade provisória em contraponto a prisão processual..... | 29 |
| | |
| CAPITULO 3 A ANÁLISE DA LIBERDADE PROVISÓRIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS E ASSEMBLHADOS..... | 32 |
| 3.1 O art. 5º, XLIII e LIV, da Constituição federal;..... | 32 |
| 3.2 Vedação da liberdade provisória nos crimes hediondos..... | 35 |
| 3.3 A possibilidade de apelar em liberdade..... | 36 |
| 3.4 A relação da Lei. 9.455/97 com a Lei dos Crimes Hediondos..... | 37 |
| 3.5 A liberdade provisória na Lei 11.343/2006..... | 40 |
| | |
| CAPITULO 4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, II DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS..... | 44 |
| 4.1 A ofensa aos pactos internacionais de direitos humanos..... | 46 |
| 4.2 Posicionamentos doutrinários..... | 48 |
| 4.3 Posicionamentos jurisprudenciais..... | 50 |
| 4.4 A liberdade provisória à luz da declaração de inconstitucionalidade <i>incidenter tantum</i> do <i>habeas corpus</i> nº 82.959-7..... | 52 |
| 4.5 Necessárias alterações no Código de Processo Penal..... | 54 |
| | |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 47 |
| | |
| REFERÊNCIAS..... | 60 |
| | |
| ANEXOS..... | 63 |

RESUMO

O presente trabalho monográfico abordará a Lei 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, passando do seu histórico e alterações sofridas pela lei, até a indagação de inconstitucionalidade de seus dispositivos perante os princípios constitucionais. Tem como objetivo o estudo avançado da referida lei, mas especificamente a análise do seu artigo 2º, inciso II, que está incidindo em controvérsia e emanado de inconstitucionalidade. A lei define quais são os crimes hediondos e dá algumas providências de natureza penal, processual penal e de execução da pena, incidindo ainda nos crimes de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de terrorismo. O problema existente foi que a lei surgiu com a finalidade de conter a devastadora onda de criminalidade que assombrava a sociedade na época, criada às pressas e revestida por erros que repercutem no nosso ordenamento jurídico. A proibição da liberdade provisória nos crimes hediondos já deveria ter sido modificada pelo legislador, até porque os juizes do Supremo Tribunal Federal possuem mais do que competência para o fato. O que não pode mais existir é a injusta prisão do acusado de crime hediondo pelo simples fato do mesmo estar contido no rol da Lei 8.072/90. Os métodos utilizados na pesquisa foram o sistêmico e exegético-jurídico. Portanto, a fim de se justificar as críticas existentes e, cogitar a inconstitucionalidade da proibição da liberdade provisória na Lei dos Crimes Hediondos, é que se efetua esta pesquisa, visando buscar uma nova reformulação da Lei e, por conseguinte do Código de Processo Penal, para que a mesma seja mais justa e eficaz.

Palavras-chave: Crimes Hediondos. Lei. Vedações. Liberdade Provisória. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present monographic work will approach Law 8,072/90, known as Law of the Hideous Crimes, passing of its description and alterations suffered for the law, until the investigation of unconstitutionality of its devices before the principles constitutional. It has as objective the advanced of the related law, but specifically the analysis of its article 2º, interpolated proposition II, that this happening in controversy and emanated study of unconstitutionality. The law defines which is the hideous crimes and still gives some steps of criminal, procedural nature criminal and of execution of the penalty, happening in the torture crimes, of I traffic illicit of narcotics and terrorism. The existing problem was that the law appeared with the purpose to contain the devastadora wave of crime that haunted the society at the time, bred pressas and coated by errors that re-echo in our legal system. The prohibition of the free on parole in the hideous crimes already must have been modified for the legislator, even because the judges of the Supreme Federal Court possess more than what ability for the fact. What it cannot more exist is the unjust arrest of the defendant of hideous crime for the simple fact the same to be contained in the roll of Law 8.072/90. The methods used in the research had been the exegético-legal sistêmico and. Therefore, in order to justify you criticize them existing e, to cogitate the unconstitutionality of the prohibition of the free on parole in the Law of the Hideous Crimes, is that this research is effected, having aimed at to search a new reformularization of the Law and, therefore of the Code of criminal procedure, so that the same one is more efficient joust and.

Word-key: Hideous crimes. Law. Prohibitions. Free on parole. Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho monográfico pretende-se fixar o verdadeiro sentido e a real dimensão da Lei de Crimes Hediondos. Foi a partir desta lei, que alguns crimes, que tinham as vistas do legislador uma maior gravidade social, passaram a ser punidos de forma mais severa por parte do Estado.

A aludida lei foi criada com a finalidade de conter a devastadora onda de criminalidade que assombrava a sociedade brasileira na época e ainda assombra, sendo criada às pressas, atendendo ao clamor público, definindo os crimes de natureza hedionda e determinando outras providências de natureza penal, processual penal e de execução da pena destes crimes, bem como da tortura, do tráfico de entorpecentes e do terrorismo.

Das várias conseqüências da hediondez, tem-se a insuscetibilidade de anistia, graça e indulto, a proibição da concessão de fiança e liberdade provisória, o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, dentre outras. Tais proibições são, por si sós, capazes de justificar a relevância do tema.

Eis que, desde a sua edição, a referida lei vem instigando o ânimo crítico dos doutrinadores, principalmente no que tange à incompatibilidade entre o dispositivo limitador e os princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Perguntar-se-á se a Lei dos Crimes Hediondos é um instrumento legítimo para privar os acusados por crimes nela arrolados de sua liberdade, que é constitucionalmente garantida? A resposta atrelada e assegurada pelos princípios constitucionais é sempre negativa.

O objetivo geral deste trabalho é analisar criticamente a Lei dos Crimes hediondos, destacando o estudo do artigo 2º, inciso II, onde se verifica a impossibilidade da liberdade provisória, analisando o instituto também na lei de tortura e na nova e atual lei de drogas. Os objetivos específicos são: identificar os dispositivos constitucionais violados pelas vedações da lei em comento; avaliar o conteúdo das flexibilizações da jurisprudência e doutrina a respeito do conteúdo restritivo da lei.

Para desenvolver esta pesquisa, utilizar-se-ão os métodos sistêmico e exegético-jurídico. Auxiliado pelo método histórico e analítico-sintético, com o qual buscou analisar posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

No primeiro capítulo apresentar-se-á os aspectos históricos, legais e processuais da Lei de Crimes hediondos, conceituando o que vem a ser a hediondez dos crimes arrolados na mesma, tipificando-os e trazendo a redação do artigo 2º inciso II, mostrando a vedação da liberdade provisória.

Posteriormente, já no segundo capítulo, analisar-se-á o instituto da liberdade provisória, pesquisando o fundamento, o conceito, os pressupostos, a natureza jurídica da liberdade provisória, suas modalidades e os princípios que a cercam, bem como sua incompatibilidade com determinadas prisões e providências cautelares.

Em todas as considerações sobre o instituto em tela, procurar-se-á manter um entendimento coerente, não repetindo as contradições constantes em alguns estudos sobre o tema. Apenas exemplificando, verificar-se-á que a maior parte dos autores que admitem a liberdade provisória sem encargo, quando instados a explicar a razão pela qual o relaxamento da prisão em flagrante não é caso de liberdade provisória, justificam que tal relaxamento não acarreta ao acusado, deveres e obrigações. Ora,

para quem entende possível a liberdade sem encargo, essa justificativa não é suficiente.

Já no capítulo terceiro, averiguar-se-á o instituto da liberdade provisória na Constituição e na lei 8.072/90, verificando-se também o direito de apelar do condenado já que na fase de instrução o mesmo foi mantido preso, sem o benefício da liberdade provisória. Faz-se um comparativo do instituto nos crimes assemelhados aos crimes hediondos.

Neste capítulo, analisar-se-á o inciso LXVI do art. 5º da CF/88, que se reporta à liberdade provisória e cuja dimensão é controvertida, provocando divergências doutrinárias. Tendo como base o disposto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, onde *"a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem"*, foi que o legislador ordinário instituiu e promulgou diploma de regulamentação deste dispositivo, fazendo-se cumprir o mandamento constitucional.

E no capítulo final, ter-se-á o questionamento sobre a inconstitucionalidade do artigo 2º, inciso II, mostrando as opiniões mais recentes dos doutrinadores e da jurisprudência, enfatizando a decisão do *habeas-corpus* nº 82.959-7 que permitiu a progressão de regime, benefício obtido após a condenação, mostrando que necessária também se faz à liberdade provisória.

Ainda neste capítulo mostrar-se-á como a Lei dos Crimes Hediondos feriu os pactos internacionais de direitos humanos, com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana e mostrando o quão é necessário que se realize algumas alterações

no próprio Código de Processo Penal, assim como, a total reformulação da própria lei 8.072/90.

Portanto, a fim de justificar as críticas existentes e, até mesmo cogitar a inconstitucionalidade de alguns dos dispositivos da Lei dos Crimes Hediondos, é que se efetivará esta pesquisa, visando buscar o real sentido da Lei, considerando que as leis são os instrumentos primordiais para uma eficaz persecução penal.

CAPÍTULO 1 ASPECTOS HISTÓRICOS, LEGAIS E PROCESSUAIS DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS

Com o objetivo de combater a criminalidade existente na sociedade brasileira naquela época, o legislador constituinte estabeleceu norma, constante no audacioso e desafiador capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, que previa um tratamento jurídico diferenciado a determinadas espécies de delitos que considerava mais graves.

Para viabilizar tal dispositivo da Constituição Federal foi aprovada a Lei dos Crimes Hediondos que regulamentou e definiu os crimes que seriam considerados hediondos. Ver-se-á adiante alguns aspectos históricos, como a evolução, com a seqüência de alterações no rol de crimes qualificados como hediondos como também as penalidades dos crimes que se enquadram como tal. Desta forma, trata-se aqui, dos aspectos históricos, legais e processuais da Lei de Crimes Hediondos.

1.1 Conceito de crime hediondo

Cabe assinalar que a dogmática jurídico-penal não conseguiu chegar a um conceito substancial e geral de crime, baseado na idéia geral de que este constitui uma conduta indiscutivelmente repugnante, perniciosa ou perigosa para toda ordem social. Estudos criminológicos demonstram que, numa sociedade dividida em classes sociais, com situações e interesses divergentes e até antagônicos, não pode haver unanimidade em torno dos valores ético-culturais padronizados das formas de conduta social.

No Brasil, não é o que no caso concreto se mostra abominável, horrível ou até mesmo cruel, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execuções, ou pela finalidade do agente, mas sim aquele definido de forma taxativa pelo legislador ordinário.

Não se deve esquecer, no entanto, que o conceito de hediondez de que se reveste uma conduta está diretamente relacionado com os padrões e valores morais vigentes em determinado momento histórico, valores estes que podem ser manipulados por segmentos dominantes das sociedades.

Ao classificar certas condutas como crimes hediondos, partiu o legislador do pressuposto de que, seja quem for seu autor, com sua personalidade e sua conduta social antecedente, sejam quais forem os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime, seja, ainda, qual tenha sido o comportamento da vítima, tais crimes mereceram sempre uma resposta punitiva acentuada mais grave e mais severa do que a prevista para as demais infrações penais.

Trata-se, portanto, de um conceito puramente formal, de mera colagem, que contraria a própria natureza das coisas, pois a lei criou uma presunção compulsória do caráter profundamente repulsivo do ato incriminado: de forma discricionária e apriorística, decidiu o legislador marcar certas condutas criminosas, já tipificadas na lei positiva, com o rótulo de hediondez absolutamente obrigatória.

Por outro lado, e apenas para argumentar, admitida a necessidade da nova lei, pensa-se que esta deveria atribuir o caráter de hediondez aos crimes envolvidos por certas circunstâncias muito graves, praticados por motivos profundamente condenáveis, ou causadores de conseqüências gravíssimas e que por isso venham a suscitar necessariamente um juízo de reprovação máxima.

Para Antônio Lopes Monteiro (1992, p. 17), um crime seria hediondo:

Toda vez que uma conduta delituosa estivesse revestida de excepcional gravidade seja na execução, quando o agente revela total desprezo pela vítima, insensível ao sofrimento físico ou moral a que se submete, seja quanto à natureza do bem jurídico ofendido, seja ainda pela especial condição das vítimas.

O critério que defende-se e que parece razoável não conduz a classificar determinados crimes por si mesmo como compulsoriamente hediondos, mas somente considera-los como tal em certas circunstâncias, quando praticados por motivos acentuadamente ignóbeis, ou quando causarem conseqüências extremamente graves, como seria o caso de um estupro praticado mediante tortura, lesões gravíssimas ou morte da vítima. A apreciação de tais circunstâncias, motivos ou conseqüências ficaria sujeita ao poder discricionário do juiz que, em cada caso concreto, teria a liberdade de decidir sobre o caráter de hediondez do crime grave praticado.

A definição de crime hediondo não é doutrinária, nem da jurisprudência, advém da própria lei nº 8.072/90, e seja como for, o diploma em questão considerou determinados crimes como sendo hediondos, independente de qualquer que seja a circunstância do mesmo.

1.2 Antecedentes Históricos da Lei de Crimes Hediondos

Com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu a repressão a crimes hediondos, não se especificando quais delitos eram considerados como tal,

tornando-se claro quando da análise de seu art. 5º em seu inciso XLIII, afirmando que:

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

Depois da promulgação da Carta Magna, teve início a elaboração de inúmeros projetos de lei com o intuito de regulamentar os crimes hediondos e assemelhados. Em 1989 verificamos os primeiros, de número 2.105, que propunha o agravamento da pena para os crimes de roubo, seqüestro e estupro seguido de morte, excluindo dos réus qualquer tipo de direito na fase de execução de pena. Teve o projeto de nº 2.154, que previa regras mais rigorosas para o tráfico ilícito de entorpecentes, inclusive com a prisão preventiva obrigatória, e ainda o de nº 2.529, que previa aplicação em dobro às penas cominadas e estabelecia que os crimes hediondos seriam o, seqüestro, genocídio, violências praticadas contra menores impúberes e delitos praticados com extrema perversidade, além do assalto com homicídio e periclitación de vida dos passageiros de quaisquer veículos de transporte coletivo.

Seguindo, no mesmo ano, elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, foi proposto o projeto 3.754, encaminhado pelo então Presidente da República, por meio da mensagem 546/89, ao Congresso Nacional. Este projeto colocava em destaque a guerra contra o crime propondo sentido à expressão constitucional "crimes hediondos" através da enumeração de determinadas figuras criminosas que receberam este rótulo, além de definir

conceitualmente a referida expressão como sendo todo o delito que se pratique com violência à pessoa, provocando intensa repulsa social e cujo reconhecimento decorra de decisão motivada de juiz competente de acordo com a gravidade do fato ou pela maneira execução.

Ainda em 1989, o projeto 3.875, visava fixar penas superiores a vinte anos de reclusão, a diversos crimes referidos na legislação penal, e etiquetados como hediondos pelo mesmo, além dos que provocassem intensa repulsa. Após, o de número 4.272, visava incluir nos artigos 159, que trata da extorsão mediante seqüestro e no artigo 213, sobre estupro, parágrafos quinto e único, respectivamente, os quais afirmavam ser estes crimes hediondos.

Já no ano de 1990 com a evidência na mídia de crimes que chocaram a opinião pública como a extorsão mediante seqüestro de pessoas em destaque no cenário econômico nacional como o caso do empresário Abílio Diniz, teve-se o clamor da sociedade que pedia uma resposta a tais crimes que até então já ocorriam mais que nunca tiveram, como naquele momento, uma repercussão tão grande.

Diante do quadro de clamor social em que se encontrava o Brasil naquela época, em 25 de junho de 1990, foi promulgada a lei ordinária, mas com caráter de lei complementar, de número 8.072, baseada no projeto substitutivo número 5.405, elaborado pelo Deputado Roberto Jefferson, então relator da Comissão de Constituição, Justiça e Redação.

Neste contexto Thais Vani Benfica (1998, p. 6/7), relata a situação da época:

Estavam ainda causando impacto no povo os seqüestros de pessoas bem situadas na vida econômica, social e política, e a mídia passou a sacudir a opinião pública, que encontrou ressonância no poder legislativo, que aprovou o projeto de lei no senado, através de votos de lideranças, sem qualquer discussão, logo sem legitimidade e representabilidade, [...].

A lei 8.072/90, mais conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, além de arrolar os delitos dessa natureza, trouxe diversas outras providências de cunho penal e processual penal, bem como referentes à execução da pena dos próprios crimes hediondos, do tráfico de entorpecentes, do terrorismo e da tortura por terem estes delitos ascendido à condição de assemelhados aos hediondos.

Sendo assim, a lei de crimes hediondos foi uma resposta do direito penal brasileiro à onda de seqüestros de pessoas influentes, crimes que vinham assolando a sociedade já naquela época. O objetivo seria diminuir a onda de crimes desta natureza, o que infelizmente não se concretizou e, ao que se percebe, tomou proporção maior tornando-se mais ofensivo à sociedade.

1.3 Alterações nas tipificações dos crimes hediondos e assemelhados

Inicialmente a lei de 8.072 de 1990 relacionava em seu artigo 1º como hediondo os crimes:

Art. 1º São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou

de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados.

Posteriormente, no ano de 1992, a ocorrência de um polêmico homicídio qualificado (cuja vítima foi a atriz de telenovela da Rede Globo, Daniella Perez, filha de Glória Perez, que teve como autores o ator Guilherme de Pádua e sua esposa), publicado em emissoras de rádio e televisão, que alimentavam o público minuto a minuto com detalhes do crime. Jornais diários noticiaram o assassinato em primeira página. Suplementos especiais foram publicados sobre o assunto. Revistas especializadas, como "Contigo" e "Amiga", publicaram edições especiais, com a biografia ilustrada de Daniela e reportagens sobre sua morte. Semanários como "Veja" e "Isto É" referiram-se ao crime em suas capas e voltaram ao assunto em longos artigos e entrevistas, publicando a seguinte notícia:

Na madrugada de 28 de dezembro de 1992, o Brasil foi surpreendido pela notícia da morte brutal da atriz Daniela Perez, assassinada com 18 facadas aos 22 anos de idade. Daniela -que representava Yasmin, bailarina sensual, talentosa e decidida na novela "De corpo e alma", então exibida pela Rede Globo de Televisão no horário das 20h- foi encontrada morta num matagal algumas horas depois de ter deixado os estúdios de gravação, em Jacarepaguá, Zona Oeste do Rio de Janeiro. (1993.p. 60-67)

Seguido das chacinas da Candelária e de Vigário Geral, publicadas na revista veja no dia 20 de agosto de 1993, causaram mais uma vez o espanto da sociedade, novamente o Congresso Nacional, agindo por impulso, sob a pressão dos acontecimentos, praticando uma política de "tentar tapar o sol com a peneira",

promulgou a lei 8.930 de 1994 que revogou o artigo primeiro supramencionado, substituindo-lhe. A nova redação do artigo trazia como acréscimo o crime de homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente e homicídio qualificado e, por outro lado o legislador excluiu o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte.

Em 1998 aconteceu o vergonhoso fato da "pílula de farinha" ocorrido em São Paulo (a falsificação do anticoncepcional *Microvlar*), notícia publicada em capa pelo jornal o globo dentre outros, que mais uma vez agitou a opinião pública e que exigiu nova providência do governo. Com isso, teve-se a criação da lei 9.695, que entrou em vigor no dia 21 de agosto de 1998, e alterou o artigo 223 do Código Penal, tratando da adulteração de produtos destinados a fins terapêuticos e medicinais. Esta lei, em seu artigo primeiro, inseriu os itens VII – A e VII – B, ao artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos. O primeiro mencionado item VII – A, foi revogado, sendo que o segundo VII – B, inseriu a falsificação, corrupção adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais dentre o rol dos crimes hediondos.

Na atualidade, os crimes classificados como hediondos são os arrolados pela lei 8.072/90, com modificações decorridas das leis 8.930/94 e 9.695/98 ficando da seguinte forma:

- I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, parágrafo 2º, I, II, III, IV e V);
- II – Latrocínio (art. 157, parágrafo 3º, in fine);
- III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, parágrafo 2º);

IV – extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e parágrafos 2º e 3º);

V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

VII – epidemia com resultado morte (art. 267, parágrafo 1º);

VII – B falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e parágrafo 1º, parágrafo 1º - B, com redação dada pela lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos art. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (2005, P.923)

Este, em suma, foi o caminho percorrido pela Lei de Crimes Hediondos, até os dias atuais. Passados aproximados dezesseis anos após sua publicação, não demonstrou eficácia, embora esteja comprovado que as penas nela cominadas, são as mais altas já vistas na legislação brasileira. Diga-se, por oportuno, que tal rigor em nada inibiu os criminosos, que continuam a agir acreditando na impunidade que assombra o país.

Assim, a Lei Crimes Hediondos definiu o crime hediondo no sistema legal, ou seja, enumerou-os de forma taxativa. Destarte hediondo é tão-somente aquele crime que independentemente das características de seu cometimento, da brutalidade do agente, ou do bem jurídico ofendido, estiver enumerado no artigo 1º da Lei.

É inquestionável a crítica que se faz ao sistema legal adotado pelo legislador ordinário que não se preocupou em traçar as linhas mestras da figura do criminoso. Optou pela pura e simples rotulação de tipos preexistentes: o crime é hediondo porque faz parte do elenco enumerado na lei, e não porque apresenta características próprias, devidamente explicitadas.

1.4 Redação do Art. 2º, II da Lei dos Crimes Hediondos

O artigo 2º, II da Lei 8072/90 estabelece que "os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória".

É de se acreditar que o objetivo do legislador foi o de estabelecer maior rigor ao procedimento criminal referente aos crimes hediondos e assemelhados, buscando evitar a qualquer custo que o acusado se furte da aplicação da lei penal e gere um sentimento de impunidade.

Na realidade, o referido dispositivo, ao vedar a liberdade provisória, funciona como um demonstrativo de que o Estado trata com o rigor devido os crimes que causam maior ojeriza social.

Todavia, não se pode aceitar que, em nome da repressão penal, um dispositivo ordinário limitador de um direito fundamental como o da liberdade, vá de encontro aos valores processuais e aos princípios constitucionais. Tal situação permite a sobreposição da lei ordinária à Constituição, o que se revela inadmissível.

Em crítica à postura legislativa, Alberto Silva Franco (1994, p. 92), leciona que:

antes de mais nada, porque não tem cabimento sua pretensão de estabelecer o sentido de uma norma constitucional atinente a um direito ou garantia, de caráter fundamental. Não tem ele o poder de dispor, a seu bel prazer, do conteúdo de um direito fundamental, nem lhe é atribuída a capacidade de, automaticamente, interpretá-lo. (1994 P. 92).

Na verdade, a lei ordinária pode, sem maiores óbices, prever situações de admissão ou não da liberdade provisória, desde que as hipóteses observem circunstâncias concretas. O que não se pode aceitar é a vedação em caráter genérico e absoluto para certa tipologia de crimes.

A doutrina é quase que uníssona na crítica ao diploma a ponto de Tourinho Filho afirmar que: "uma leitura de todo aquele diploma legal mostra, à evidência, que os responsáveis pela sua elaboração estavam despreparados". E vai ainda mais longe o penalista, dizendo: "Entendemos, assim, em face desses diplomas que vão surgindo sem maiores reflexões, deva o Judiciário, às vezes, decidir 'contra legem', corrigindo, desse modo, os clamorosos desalentos do legislador".

CAPÍTULO 2 O INSTITUTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Sabe-se, conforme previsão constitucional, ninguém poderá ser levado à prisão senão após sentença condenatória transitada em julgado. Assim, procurou-se estabelecer institutos e medidas que assegurassem o desenvolvimento adequado do processo, com o comparecimento do acusado, sem sacrifício de sua liberdade.

A legislação pátria traz o instituto da liberdade provisória, que substitui a prisão provisória, com ou sem fiança, nas hipóteses de flagrante, pronúncia e sentença condenatória recorrível.

A liberdade provisória tem origem na Grécia e Roma antiga, no Brasil, por sua vez, os sucedâneos das prisões cautelares, já existiam ao tempo da legislação colonial, como por exemplo: na *menagem* ou homenagem concedida a pessoas de qualidade que, sob palavra, ficavam em liberdade durante o processo, em situação semelhante à prevista no artigo 264 do Código de Processo Penal Militar (Dec. Lei nº 1.002 de 21/10/1969), também nas cartas de seguro, de liberdade mediante processo judicial, a fiança, já constante das Ordenações Afonsinas, e a graça de fiéis carcereiros, pela qual o Príncipe, por motivos justos, permitia ao réu sair da prisão desde que apresentasse fiadores idôneos.

Na atualidade se configura como o instituto que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado, vinculando-se, ou não, esse direito a certas obrigações, podendo ser revogado a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas.

Seja com maior ou menor intensidade, é perceptível que o ordenamento jurídico brasileiro sempre se preocupou com o direito do acusado só vir a ser preso

após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, principalmente em razão da possibilidade de se imputar verdadeira sanção, que é a prisão processual, a um inocente.

2.1 Modalidades da Liberdade Provisória

Nos termos da legislação nacional o instituto da liberdade provisória poderá ser obrigatória, permitida ou vedada. É obrigatória, quando se tratar de um direito incondicional do réu que se livra solto. Ocorre no caso de infração penal não ser punida com pena privativa de liberdade ou quando o máximo de pena privativa de liberdade não exceder a três meses.

É permitida, em todas as hipóteses que não couber a prisão preventiva, especialmente ao acusado primário e de bons antecedentes do pronunciável ou condenado por sentença recorrível. Subdivide-se em liberdade provisória com fiança e sem fiança.

É vedada quando couber a prisão preventiva. Porém, parece que tal classificação não possui valor prático, assim, partir-se-á do pressuposto de que a liberdade provisória é um direito do acusado e não um mero benefício, ela sempre será obrigatória, restando prejudicada a classificação.

A liberdade provisória com fiança e sem fiança está condicionada ao pagamento de uma caução destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu.

No *caput* do art. 310 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal encontra-se a modalidade de liberdade provisória mais comum e de mais freqüente

aplicação: a liberdade provisória sem fiança, cuja única exigência após conseguida a liberdade provisória é o comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. A essa modalidade, a liberdade provisória sem fiança, a doutrina convencionou chamar de liberdade vinculada, como a dizer que a liberdade estaria vinculada aos escopos do processo.

Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 404), descreve em sua obra, o art. 310:

Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agent praticou o fato nas condições do art. 19, incisos I, II e III do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao reu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Sabe-se que a liberdade provisória sem fiança é regra geral em nosso ordenamento, por isso com a entrada em vigor da lei 6.416/77, que institui e reafirma a mesma (regime de liberdade provisória sem fiança), a liberdade com fiança perdeu muito de sua importância.

Porém em vinte e sete de abril de 1990, a lei n. 8.035 pode-se dizer que ressuscitou o instituto da fiança, ao dispor que a liberdade provisória do artigo 310, parágrafo único, do CPP, não seria aplicável aos crimes de sonegação fiscal. Para esses delitos, a liberdade somente pode ser concedida mediante a prestação de fiança, após a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Sendo assim, a distinção mais importante que pode e deve ser feita em relação às modalidades de liberdade provisória divide o instituto entre a liberdade com fiança e sem fiança, sendo que a liberdade provisória com fiança poderá ser

concedida desde a prisão em flagrante até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

2.2 Princípios que informam o instituto da liberdade provisória

Vários são os princípios constitucionais que informam o instituto da liberdade provisória. O próprio instituto da liberdade provisória já poderia ser considerado um princípio, haja vista o art. 5º, LXVI da Constituição Federal de 1988 que diz: “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança”.

Considerando apenas os princípios de maior ligação com a liberdade provisória tem-se: o princípio da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e principalmente o da presunção de inocência.

De acordo Dom Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 25) o justo processo ou devido processo legal tem origem no direito anglo-saxão, constituído inicialmente com base na idéia de proibição de se instituir ou de se constituir um órgão do judiciário exclusivo para o processo e julgamento de determinada infração penal. Atualmente o devido processo legal esta consagrado na Carta Magna com a seguinte redação: “Art. 5º, LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Esse princípio garante que o indivíduo só será privado de sua liberdade ou terá seus direitos restringidos mediante um processo legal, exercido pelo Poder Judiciário, por meio de um juiz natural, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Já, sobre o princípio da presunção de inocência 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".

A forma como está enunciado na Constituição, entretanto, ensejou por si mesma alguns debates a respeito do seu alcance. Isso porque não se repetiu a fórmula consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa, em 26 de agosto de 1789, bem como pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, qual seja que o homem será considerado inocente que seja condenado.

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 da inocência, mas sim o da desconsideração prévia da culpabilidade, de aplicação mais restrita, sendo assim todo indivíduo teria o direito a liberdade durante o tramite do processo, pois sua culpabilidade seria desconsiderada.

Assevera Alexandre de Moraes que "trata-se de mais um inciso do art.5.º configurador de uma garantia do *status libertatis* do indivíduo, cuja regulamentação foi transferida ao legislador ordinário"(2002, p. 405). A garantia da presunção de inocência é vetor cultural do processo, e atua no status do acusado e como indicativo do sistema probatório, exigindo, igualmente uma defesa substancial e não apenas formal. Desta maneira, traduzirá a forma de tratamento do acusado, não mais visto

como objeto do processo, mas sim um sujeito de direitos dentro da relação processual.

No que se refere às regras de tratamento, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo, no campo da prisão provisória, isto é na custódia anterior ao trânsito em julgado, e no do instituto a que se convencionou chamar de liberdade provisória.

Por fim, mas não menos importante, o princípio da dignidade da pessoa humana, que vem configurado no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 88, estabelecido como um fundamento do Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana é um princípio que engloba todas as demais normas jurídicas, razão pela qual todas as normas infra-constitucionais que não se compatibilizem devem ser, conforme o caso, tidas como revogadas ou declaradas inconstitucionais. A sua importância serve de critério norteador para o criador do direito (legislador) e aplicador do direito (juiz).

O princípio da dignidade humana deve estar acima de qualquer filigrana jurídica. É preciso respeitar os valores não materiais, os valores espirituais, as ideologias, as concepções. Deve ser respeitado o homem como um todo.

Assim, é importante considerar que a privação indevida da liberdade pessoal, não se justifica por uma condenação ou por qualquer razão legal, é uma afronta à dignidade da pessoa humana. Primeiro, em razão das condições subumanas do cárcere e, segundo, por representar a prisão indevida um verdadeiro apenamento de alguém que se encontra em estado de inocência.

Entender a indissociável ligação entre a liberdade provisória e os princípios constitucionais acima descritos é extremamente importante a fim de se evitar que as construções doutrinárias e legislativas se realizem em sentido contrário.

2.3 A Liberdade Provisória em contraponto a Prisão Processual

A questão da liberdade provisória, instituto de natureza processual, está relacionada com sua contra-face repressiva, que é a prisão processual ou prisão cautelar e suas espécies: a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de sentença de pronúncia e a de sentença condenatória recorrível.

Iniciando os debates sobre a liberdade provisória, toma-se por base o conceito do instituto desvendado por Hildejalma Muccio (2003, p. 196), em sua obra, onde se tem:

A liberdade Provisória como Instituto Processual que é, não é simplesmente impedir a prisão (em face de determinadas situações), como garantir ao autor da infração o direito de ser mantido solto ou, no caso de estar preso, de ser posto em liberdade, para responder livre ao processo, nas prisões que decorrem do flagrante, da pronúncia e da sentença penal condenatória recorrível.

Já para a prisão processual, Hildejalma Muccio (2003, p. 19), faz referência ao instituto da seguinte forma:

O instituto da Prisão nada mais é do que a privação da liberdade pessoal, de regra, mediante clausura. Entre nós, contudo, há a prisão-albergue. Nesse tipo de prisão há uma privação parcial da

liberdade de locomoção. Podemos dizer, então, que a prisão suprime no todo ou em parte, a liberdade de locomoção.

Alguns doutrinadores, entre os quais Alberto Silva Franco, defendem que provisória é a prisão, jamais a liberdade, sendo esta definitiva até a irrevogabilidade de eventual condenação; razão pela qual seria mais correto falar-se em liberdade limitada ou vinculada, ao invés de provisória.

É importante perceber, outrossim, que a produção legislativa que versa sobre prisão processual e liberdade provisória sofre "a carga emotiva do momento político, social e econômico do País, gerando normas casuísticas, medidas provisórias e leis (e até normas constitucionais), o que dificulta ainda mais uma formulação sistemática e coerente do tema". Justamente por essa desestruturação sistemática da legislação é que a liberdade provisória deve sempre ser abordada à luz dos princípios constitucionais informativos.

O maior questionamento que se faz com o envolvimento dos dois institutos é que a negativa de concessão de liberdade provisória somente se justificaria se os elementos constantes dos autos revelassem a presença da necessidade da prisão preventiva, expressas na garantia da ordem pública ou econômica, bem como na conveniência da instrução criminal ou para assegurar eventual aplicação da lei penal. Ou seja, a prisão provisória somente se justifica, e se acomoda dentro do ordenamento pátrio, quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional.

Diferentemente do entendimento de Fernando Capez (2005, p. 250), que descreve:

A prisão preventiva, bem como todas as modalidades de prisão provisória, não afronta o princípio constitucional do estado de inocência, mas desde que a decisão seja fundamentada e estejam presentes os requisitos da tutela cautelar (comprovação do perigo da demora de se aguardar o trânsito em julgado, para só então prender o acusado).

Sendo assim não se justificaria a prisão processual em crimes só porque esses são taxados de hediondos, desconsiderando a figura do acusado, neste caso, contudo ter-se-ia o total desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

Diante do exposto, toda vez que o magistrado recebe um pedido de liberdade provisória deve ele, sempre se valer de critérios para decidir se concede liberdade provisória ao réu (com ou sem fiança) ou se o mantém encarcerado. Dentre eles, o critério de necessidade da medida, ou seja, idoneidade da medida, adequação em cada caso concreto e também ao critério da razoabilidade, sempre utilizando o princípio da proporcionalidade em sentido estrito que trata sobre a ponderabilidade dos bens em conflito. Havendo omissão do juiz quanto ao direito do réu de apelar em liberdade, poderá haver recurso a fim de que o julgador se pronuncie, complementando a sentença.

CAPITULO 3 A ANALISE DA LIBERDADE PROVISÓRIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS E ASSEMELHADOS

Convém realizar uma análise crítica do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos que veda a concessão de liberdade provisória, buscando encontrar a sua contrariedade ao ordenamento jurídico nos princípios constitucionais, na essência do instituto da liberdade provisória e na natureza exceptiva das prisões cautelares.

Por oportuno, analisa-se ainda, leis que regulamentam os crimes assemelhados comparando-os aos crimes hediondos como a lei de tortura, 9.455/97 e a Atual Lei de Drogas nº 11.343/2006, assim como o direito de apelar em liberdade, fazendo um comparativo, já que é proibida a liberdade provisória durante toda a instrução criminal, ser possibilitada, após o julgamento, no caso de condenação.

3.1 O Art. 5º, XLIII e LIV, da Constituição Federal

Observando a Lei nº. 8.072/90, ressalta-se que a mesma traz em seu bojo duas disposições de caráter processual (uma delas relacionada com a própria execução da pena), que não traduzem o espírito democrático insito à Constituição Federal, a proibição da liberdade provisória e a obrigatoriedade do cumprimento da pena no regime integralmente fechado (art. 2º., II e seu § 1º.).

Ora, o art. 5º, XLIII, da Constituição Federal de 88, ao tratar dos crimes hediondos, impede, apenas e tão-somente, a fiança, a graça e a anistia, não se referindo à liberdade provisória. Logo, lei infraconstitucional não poderia ir além,

arvorando-se ao constituinte, proibindo também a possibilidade da liberdade provisória.

De mais a mais, no Processo Penal a regra é a liberdade, admitindo-se excepcionalmente a prisão provisória em casos de extrema e comprovada urgência e necessidade (daí também a mácula ao princípio da proporcionalidade, implícito na Constituição). Por outro lado, nota-se que o mesmo dispositivo constitucional equipara, em termos de gravidade, os crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo, concluindo-se que estes delitos, do ponto de vista constitucional, devem ser tratados com a mesma severidade, inclusive sob o aspecto processual.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 457), faz referência em sua obra sobre a liberdade sem fiança, dizendo o seguinte:

O fato de a liberdade com fiança não ser permitida para determinados crimes, daí serem inafiançáveis, não poderá significar nunca a impossibilidade da aplicação da liberdade provisória sem fiança, tal como admitia no próprio texto constitucional, [...].

É de se questionar ainda que o artigo 2º, II da lei de crimes hediondos, ainda feri o inciso LIV, do artigo 5º da Carta Magna, que traz em seu contexto que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. A proibição da concessão de liberdade provisória transforma-se numa espécie de privação de liberdade obrigatória, o que equivale a uma pena infligida antecipadamente, sem o prévio e regular processo e julgamento.

Este é o entendimento de César de Faria Júnior (200, p. 68), quando afirma que no caso de fiança, graça ou anistia, estar-se-ia diante de exceção que "a constituição faz a si mesma e, por conseguinte, não é dado ao legislador ordinário ampliar e estender uma exceção constitucional, sabido que, pela mais elementar regra hermenêutica, as exceções devem ser interpretadas restritamente". Sendo assim, por extrapolar os limites do art. 5º incisos XLIII e LIV, a lei dos crimes hediondos fere indiscutivelmente, de maneira rude e cruel, vários princípios do texto constitucional.

Verifica-se assim que a Constituição não menciona uma linha sequer a respeito da proibição da liberdade provisória, sendo essa uma inovação do legislador ordinário que, sem sombra de dúvidas, usurpou do poder que lhe foi conferido pelo ordenamento constitucional.

Isso implica dizer que a lei, desconsiderando o princípio constitucional da presunção de inocência, como foi dito anteriormente, estabeleceu como regra o que é exceção, a custódia processual, que é um instrumento de que se vale a ordem jurídica em casos de justificada necessidade, para assegurar a instrução criminal, a ordem social e outros valores que a liberdade do acusado pode vir a fragilizar ou ameaçar.

Ou seja, mesmo que o acusado preencha os requisitos exigidos em lei para a obtenção da liberdade provisória, e mesmo até que haja nos autos indícios suficientes da inocência do acusado, pela atipicidade do fato, pela antijuridicidade de sua conduta ou pela ausência de sua culpabilidade ou qualquer outro fator que justifique a sua libertação, mesmo assim ele ficará custodiado.

E de se concluir diante do exposto que pela exegese dos dois dispositivos, constata-se que a Constituição, ao limitar garantias por ela mesma previstas, com relação aos crimes hediondos e aos equiparados, as fez somente com relação à inafiançabilidade e a concessão de graça e anistia.

Porém o legislador ao editar a Lei dos Crimes Hediondos, ampliou o rol das limitações às garantias constitucionais, prescrevendo que os crimes hediondos e equiparados seriam insuscetíveis de indulto e liberdade provisória, incorrendo assim em clara invasão das garantias fundamentais, arrebatando o texto constitucional, e impondo uma séria conseqüência ao acusado de um crime abarcado pela Lei 8.072/90, qual seja a de ter de ficar obrigatoriamente a instrução toda encarcerado.

3.2 Vedação da Liberdade Provisória nos Crimes Hediondos

A Lei 8.072/90 trouxe, como já foi exposta anteriormente, uma série de inovações que agravam as penas dos crimes hediondos e assemelhados. Entre suas disposições encontra-se a vedação à concessão de fiança e liberdade provisória.

O legislador vedou a liberdade provisória e decidiu deixar a critério do magistrado a permissão do direito de apelar em liberdade, sendo assim ao receber um pedido de liberdade provisória, deve ele, sempre se valer de critérios para decidir se concede liberdade provisória ao réu ou se o mantém encarcerado, dentre eles, o critério de necessidade da medida; idoneidade da medida, adequação em cada caso concreto e razoabilidade; sempre se valendo do princípio da proporcionalidade em sentido estrito que trata sobre a ponderabilidade dos bens em conflito.

Ocorre que, desde a sua edição, a referida lei vem instigando o ânimo crítico dos doutrinadores, principalmente no que tange à incompatibilidade entre o dispositivo limitador e os princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988.

3.3 A Possibilidade de Apelar em Liberdade

Pelo ensinamento do Código de Processo Penal, em caso de condenação, o réu que se encontra solto só poderá apelar em liberdade se for primário e de bons antecedentes, como mostra o artigo 594: "O réu não poderá apela sem recolher-se a prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto".

Contudo, ao que se refere aos crimes hediondos e assemelhados, esta regra deixou de ser aplicada em face do § 2º, artigo 2º, da Lei n. 8.072/90 que dispõe que o juiz decidirá se o réu poderá ou não apelar em liberdade, desde de que justifique sua decisão.

Diante da determinação do § 2º de que *"em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade"*, deve-se analisar as duas situações em que se pode encontrar o réu na época da condenação: estar o réu preso e estar o réu solto, quando da sentença condenatória.

A partir da Constituição Federal de 1988, com a exigência de que toda prisão decorra de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI), o citado artigo 594 passou a exigir uma releitura, para fins de sua adequação ao sistema de garantias individuais construído no mencionado art. 5º.

A lei 8.072/90 padece do mesmo vício do disposto no art. 594. Não se pode admitir que o prévio recolhimento do cárcere constitua um dos requisitos de admissibilidade do recurso. Aí a violação, para além do princípio da inocência, atingiria também o princípio da ampla defesa, sobretudo no que respeita à exigência do duplo grau.

Outra questão interessante, conforme apresentado, é que a lei 8.072/90 prevê a impossibilidade da liberdade provisória, com ou sem fiança, para o aprisionado em flagrante, mas permite que o juiz, em caso de sentença condenatória, autorize o recurso em liberdade, desde que fundamentadamente. Ocorre uma contradição que é real e aparente, pois se quando inocente o acusado deveria ficar preso e quando enfim condenado ele poderia apelar em liberdade.

De qualquer forma a vedação da liberdade provisória, agravada com a inversão da regra constitucional que impõe a exigência de fundamentação de toda restrição de direito é inegavelmente inconstitucional.

Seria inconstitucional por dois motivos primeiramente porque a manutenção obrigatória da prisão dispensa fundamentação e, o que é pior, dispensa a fundamentação judicial. E posteriormente porque parte do pressuposto da existência do crime e de sua autoria, no que se revela incompatível mais uma vez com o princípio da presunção de inocência.

3.4 A Relação da Lei 9.455/97 com a Lei dos Crimes Hediondos

A lei nº 8.072/90 contém normas de cinco matérias distintas. Uma das matérias tratadas, a das restrições impostas aos acusados e condenados por crimes

de tortura, tráfico, terrorismo e hediondos, alcançou preceitos de natureza penal (anistia, graça, indulto, regime fechado) e outros de natureza processual (liberdade provisória, direito de apelar em liberdade e prazo de prisão temporária).

Quase uma década após a promulgação da Constituição de 88 e cerca de 7 anos da criação da lei dos crimes hediondos, entra em vigor a Lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1997, definindo os crimes de tortura e criando casos de aumento de pena, inclusive por resultado mais grave (artigo 1.º, §§ 1.º a 4.º), tratando, ainda, de efeitos da condenação (artigo 1.º, § 5.º), de restrições constitucionais de natureza penal e processual aos condenados por tais crimes, e do regime de cumprimento de pena (artigo 1.º, §§ 6.º e 7.º), e criando mais um caso de extraterritorialidade da lei penal brasileira (artigo 2.º).

Mais uma vez, o legislador brasileiro, num único diploma legal, tratou de matérias absolutamente distintas: a) tipificação de crimes e criação de causas de aumento de pena; b) imposição de restrições de natureza penal e processual penal para acusados e condenados por crimes de tortura; c) criação de mais um caso de extraterritorialidade da lei penal.

O questionamento que se faz com relação à lei 9.455/97 é, simplesmente, se a mesma queria apenas definir os crimes de tortura, e dar-lhes tratamento restritivo específico, mais brando que o concedido aos crimes hediondos, de tráfico e terrorismo, ou diferentemente, conferir, também a estes crimes, assemelhados aos de tortura, tratamento restritivo penal e processual penal equânime e isonômico?

A incompatibilidade entre as duas leis, no conjunto dos dispositivos que tratam das restrições penais e processuais é gritante e o § 1º do artigo 2º da Lei de

Introdução ao Código Civil determina que a lei posterior revoga a anterior quando "seja com ela incompatível".

Tais contradições não podem existir, é de todo óbvio, pois que o Direito há de ser, sempre, um sistema harmônico de normas, não um amontoado de incongruências.

A Lei n.º 9.455/97, ao definir os crimes de tortura, impôs-lhes apenas as mesmas restrições determinadas pelo preceito constitucional do inciso XLIII do art. 5.º: inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia (§ 6.º, do art. 1.º), e fez questão de esclarecer que o cumprimento da pena privativa de liberdade será * iniciado no regime fechado. Quanto à liberdade provisória, ao direito de apelar em liberdade e ao livramento condicional, silenciou.

Surgem aí dois posicionamentos com relação a abstenção da lei 9.455/97 em relação a liberdade provisória, a primeira que diz que com a omissão do legislador, aplica-se subsidiariamente a proibição constante da Lei dos Crimes Hediondos, e segundo que se o legislador quisesse proibir a liberdade provisória para a tortura, tê-lo-ia dito expressamente, mas, como não o fez, passou a ser possível a concessão de tal benefício para tais delitos, tendo-se operado derrogação tácita da vedação, no tocante à tortura.

Dessa forma, a lei de tortura acabou por revogar a proibição à concessão de liberdade provisória ao crime de tortura, prevista anteriormente pela lei dos crimes hediondos, uma vez que a lei posterior também revoga a lei anterior quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

A "nova lei" (em relação à lei dos crimes hediondos que é de 1990), fez foi corrigir as imperfeições da norma legal antiga, que impunha tratamento rigoroso,

quando o que se exige é um tratamento penal severo, mas, ao mesmo tempo, humanitário. Além disso, ajustou-se ao princípio da presunção da inocência, que impede tratamento de condenado a quem ainda não o foi.

Sendo assim, com o advento da lei de tortura, na qual retorna a incidência das regras gerais do cumprimento progressivo da pena privativa de liberdade, substituindo o anterior, substituiu-se também, na sua integridade, o subsistema processual penal da Lei dos Crimes Hediondos, eivado de inconstitucionalidades, como apontaram a doutrina mais moderna e a jurisprudência mais democrática.

É certo que melhor teria sido se a lei tivesse, expressamente, afirmado a sua vontade de substituir os dispositivos mencionados da Lei dos Crimes Hediondos (artigo 2º), todavia, a tarefa primordial do exegeta é interpretar a norma, e não censurar ou tecer críticas ao legislador, especialmente quando parcela do seu trabalho representa um notável avanço para o Direito Penal, e até porque pode ter sido sua vontade deixar para os operadores do direito a verificação da revogação tácita operada.

3.5 A Liberdade Provisória na Lei 11.343/2006

Com o surgimento da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a mesma revogou as Leis nº 6.368/76 e nº 10.409/02, passando a disciplinar os crimes de tráfico e uso de drogas e estabelecendo o procedimento criminal a ser seguido para apuração de tais delitos.

Ainda que tenha existido um grandioso avanço ao acabar com a discussão decorrente dos vetos existentes na Lei nº 10.409/02, sobre se aplicar o procedimento

previsto na referida lei ou aquele previsto na Lei nº 6.368/76, o certo é que a nova lei traz algumas aparentes contradições que caberá à jurisprudência resolver, ao menos até que ocorra a revogação de alguns desses dispositivos que causam as aparentes incoerências.

Em seu artigo 44, a nova Lei de Tóxicos dispõe que:

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.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Nesse ponto, quanto ao delito de tráfico de drogas, a lei nada mais fez do que reiterar a norma contida no artigo 2º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que já proibia a concessão de liberdade provisória aos acusados pelos crimes hediondos e assemelhados.

Contudo, uma leitura apressada da nova lei poderá levar o intérprete a concluir pela existência de uma contradição entre o artigo 44, *caput*, e o art. 59, ambos da Lei nº 11.343/06, nos casos de traficantes primários e de bons antecedentes.

O artigo 59 supracitado preceitua que "nos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória".

Assim, sempre que um acusado de tráfico de drogas que seja primário e de bons antecedentes, seja preso em flagrante delito, responderá o processo preso, sem direito a liberdade provisória, em virtude da vedação contida no artigo 44, *caput*, mas, se condenado, reconhecida à primariedade e bons antecedentes, poderá apelar em liberdade

Poder-se-ia pensar, numa visão mais liberal dos dispositivos, que o réu primário e de bons antecedentes deverá ser colocado em liberdade em caso de condenação por tráfico de drogas, mesmo que tenha respondido preso a todo o processo, o que seria uma contradição à vedação de concessão de liberdade provisória contida no artigo 44, *caput*.

No entanto, essa não será a melhor das interpretações, pois numa visão sistemática, verifica-se que, como o legislador pretendeu vedar a liberdade provisória aos acusados de tráfico de drogas (artigo 44, *caput*), a norma contida no art. 59 deve ser interpretada no sentido de que o réu primário e de bons antecedentes, se respondeu solto ao processo, poderá apelar sem a necessidade de recolher-se à prisão. Porém, se respondeu preso à ação penal, assim deverá permanecer, pois vedada a concessão de liberdade provisória a ele. Isso porque a concessão do direito de apelar em liberdade para um réu que respondeu preso ao processo nada mais seria do que lhe conceder liberdade provisória, o que o legislador deixou claro que não pretende para os acusados de tráfico de drogas.

É preciso dizer que a jurisprudência majoritária, interpretando a regra contida no artigo 594 do Código de Processo Penal, consolidou-se, ainda na vigência da Lei nº 6.368/76, no sentido de que o traficante, que respondeu preso ao processo, ainda que primário e de bons antecedentes, assim deveria permanecer para recorrer e que,

para o traficante que respondeu solto ao processo, também se garantia o direito de apelar em liberdade, salvo se presentes os requisitos de sua prisão preventiva.

É preciso, interpretar a lei de forma correta como também saber adequá-la aos princípios constitucionais, pois os mesmo como fontes do direito devem estar acima da legislação supramencionada, sendo levado em consideração ao caso o princípio de que o acusado não condenado poderá ser um inocente, devendo ter o direito à liberdade, mesmo que essa seja provisória.

CAPÍTULO 4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º. II DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS

Frente a tudo o que foi exposto nos itens anteriores, resta perceptível que a vedação à concessão de liberdade provisória vai de encontro à norma constitucional, não só desrespeitando o conteúdo de preceitos fundamentais, como afrontando a idéia geral, de liberdade trazida pela Constituição Federal de 1988 como regra.

Alguns princípios constitucionais informam o instituto da liberdade provisória, quais sejam: liberdade em si, dignidade da pessoa humana, o devido processo legal e presunção de inocência. A vedação genérica e absoluta do artigo 2º, II da Lei de Crimes Hediondos fere todos estes princípios, pois o conteúdo da lei ordinária não encontra respaldo constitucional.

Ao se analisar cada um dos princípios tem-se que a idéia geral de liberdade como regra, estabelecida na Constituição e, também, no Código de Processo Penal, permite apenas que medidas privativas ou restritivas de liberdade sejam previstas, em caráter de exceção, quando estritamente necessárias. No caso do artigo 2º, inciso II, da Lei de Crimes Hediondos, que veda a possibilidade de liberdade provisória, há uma completa inversão do valor constitucional, pois a prisão processual tornou-se a regra e a liberdade, nem mesmo exceção, mas verdadeira impossibilidade concreta. Ou seja, o dispositivo que veda a liberdade provisória fere claramente o direito fundamental à liberdade;

Quanto ao princípio do devido processo legal, este também resta violado com a vedação da liberdade provisória, pois a prisão processual se perfaz em todos os casos, atingidos pela Lei de Crimes Hediondos e, o que é pior, sem a observância de

qualquer requisito de necessidade. Em síntese, o indiciado ou acusado é mantido na prisão sem que se verifique nenhum procedimento para tal. Ou seja, há uma privação da liberdade, sem o devido processo legal, restando inobservada a regra do artigo 5º, LIV da CF/88. Ademais, bem se sabe que as prisões processuais se fundam em procedimentos justificadores da sua necessidade, o que não ocorre na vedação da liberdade provisória;

A prisão processual, em si, não fere o princípio da presunção de inocência, pois é uma medida de cautela, caracterizada pela estrita necessidade, além de não imputar culpa ao acusado. Contudo, a partir do momento em que uma prisão cautelar passa a ser a regra, não precisando mais ser fundamentada na necessidade, aquele a quem se imputa a medida passa a cumprir uma pena injustificada, sem fundamento nenhum, daí restando ferida a presunção de inocência. Isto principalmente porque o acusado estará condenado desde a flagrância e, quem sabe, só após a instrução criminal, possa vir a ser considerado inocente e deixar de cumprir a sua pena.

Por fim, levar alguém ao cárcere sem justificativa, sem necessidade e, ainda, sem a observância de qualquer procedimento, simplesmente porque potencialmente cometeu um delito denominado pela lei como sendo hediondo, é impingir um sofrimento físico e psicológico desmedido a esta pessoa. Tal situação afronta violentamente a dignidade da pessoa humana.

Traz-se à colação, sobre este assunto, a valiosa lição do doutrinador Alberto Silva Franco (1994, p. 93), que afirma assim:

Depois, porque a Lei 8.072/90 afronta a Constituição Federal, sob a ótica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais correlacionados do devido processo legal, da

presunção de inocência e da liberdade provisória. Na medida em que o texto da lei ordinária obsta sem prévia autorização constitucional, a concessão do direito fundamental à liberdade provisória, nos crimes hediondos e a eles equiparados, e na medida em que o mesmo texto transforma o caráter instrumental das medidas cautelares em formas aflitivas de privação da liberdade para atingir objetivos de prevenção penal, a dignidade da pessoa humana, que serve de base a todos os direitos fundamentais, fica em xeque: a prisão cautelar transforma-se numa penalização desnecessária, sem observância do "due process of law", passível de censura constitucional e, numa condição de culpado, ofendendo-se claramente o princípio da presunção de inocência.

A conclusão a que se chega é a de que o artigo 2º, II da Lei de Crimes Hediondos, ao vedar a concessão de liberdade provisória, vai de encontro aos princípios constitucionais. Sendo assim o legislador ordinário criou uma regra que contraria a própria estrutura libertária da Constituição Federal de 1988.

4.1 A Ofensa aos Pactos Internacionais de Direitos Humanos

A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, garante a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, que: "III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante" e "XLVII - não haverá penas: b) de caráter perpétuo".

Além disso, o parágrafo segundo, do mesmo artigo, versa o seguinte: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Os incisos acima citados expressam a preocupação que o legislador constituinte teve ao defender os direitos humanos. O Brasil além de especificá-los na

própria Constituição ratificou Pactos internacionais desse interesse. Nesta área, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica representam os principais tratados ratificados pelo Brasil.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Resolução número 2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. No Brasil foi aprovado pelo Decreto Legislativo número 226, publicado em 13 de dezembro de 1991. Após, foi ratificado em 24 de janeiro de 1992 e promulgado pelo Decreto número 592, publicado em 7 de julho de 1992, quando entrou em vigor.

O artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos determinou que: "ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes [...]. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas".

O Pacto São José da Costa Rica, assim como é conhecido no Brasil, é datado de 22 de novembro de 1969, surgiu da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, o qual seja a Convenção Americana de Direitos Humanos, que naquele momento foi denominado de Pacto de San José da Costa Rica, sendo assinado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e promulgado pelo decreto numero 678, publicado em 09 de novembro de 1992, quando entrou em vigor.

Assim, também em vigor em nosso país, o referido pacto garante o seguinte:

Artigo 5º – 1. (omissis) direito à integridade pessoal; 2 -Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano; 3,4 e 5(omissis) 6 - as penas privativas de liberdade devem ter por

finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. (sic)

Perante todos os compromissos assumidos pelo Brasil em preservar os direitos humanos, a proibição da liberdade provisória encontra-se em total desacordo com os mesmos, uma vez que fere a dignidade humana por trancafiarem os acusados por um longo período, antes mesmo da sentença transitada em julgado.

4.2 Posicionamentos Doutrinários

O posicionamento doutrinário é bastante divergente com relação à proibição da liberdade provisória nos crimes hediondos. No Brasil, acredita-se, que a Lei de Crimes Hediondos serviu apenas para dar à população uma falsa idéia de que a segurança seria alcançada, desta forma teria sido, portanto, de total inocuidade e desnecessária num combate efetivo à criminalidade.

Fernando Capez (2005, p. 250), a cerca do assunto, em obra, se posiciona a favor da proibição da liberdade provisória nos crimes hediondos, argumentando o seguinte:

De fato, quando a Constituição diz, em seu art.5º, LXVI, que 'ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei não admitir a liberdade provisória', a *contrario sensu* está dizendo que, quando a lei admitir a liberdade provisória, será possível levar alguém a prisão. logo, permite ao legislador estabelecer casos de inadmissibilidade do referido benefício.

Divergente do posicionamento de Capez, a opinião do restante da doutrina nacional, é quase uníssona entre eles, Tourinho Filho (202, p. 108), que chegou a afirmar: "uma leitura de todo aquele diploma legal mostra, à evidência, que os responsáveis pela sua elaboração estavam despreparados". E vai ainda mais longe, dizendo: "entendemos, assim, em face desses diplomas que vão surgindo sem maiores reflexões, deva o judiciário, às vezes, decidir "*contra legem*", corrigindo, desse modo, os clamorosos desalentos do legislador[...]".

Pode-se ainda fazer referência a Valdir Sznick (2002, p. 216), que ensina:

Tem-se aqui a suspeita que não chega a ser um indicio. mais muito menos: não passam de meros vestígios, sabedor das falhas no aparelhamento policial, da falta de trabalho científico com que pêra a Polícia, deter alguém, por vestígios de autoria de crime, por 60 dias é correr o risco de cometer uma grande injustiça a um ser humano, ferindo não só a liberdade, mas também na sua dignidade – perante seus vizinhos e concidadãos – com uma detenção demorada.

Daí vale o entendimento d Rogério Schietti Machado Cruz citado por Alberto Silva Franco (2000, p. 362), que entende:

Na verdade, ao estabelecer legislador tão alongado prazo, o que se objetivou foi punir antecipadamente aquele sobre quem pairar a acusação de pratica de crime hediondo, tortura, trafico ilícito de entorpecente e terrorismo, estigmatizando-o perante a sociedade, que parece sentir-se aliviada com a sumaria punição do indiciado.

Alberto Silva Franco (2000, p. 363), considera que esta definição deveria se dar *a priori*, antes de se classificar um crime como hediondo ou não. Para ele, é a

conduta que é hedionda, e não um "cardápio de crimes definidos pelo legislador".

Conclui ele ainda:

Sei isso, a lei não terá futuro. Mas é preciso lembrar, no entanto, que a lei penal não é mágica. Não é capaz de transformar a realidade social. Se não investirmos nisso, não vamos solucionar os problemas que geram a criminalidade.

4.3 Posicionamentos Jurisprudenciais

Desde a edição da Lei dos Crimes Hediondos já foram proferidas decisões, acerca da vedação de liberdade provisória, nos mais variados sentidos, umas entendendo pela perfeita regularidade e constitucionalidade da vedação e outras com entendimento em sentido diametralmente oposto.

Infelizmente o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, por diversas vezes, pela constitucionalidade da proibição de liberdade provisória nos crimes etiquetados como hediondos.

Mesmo assim, alguns Juízes e Tribunais entendem que o dispositivo da Lei de Crimes Hediondos é inconstitucional ou, ainda, que a simples vedação legal não é motivo suficiente para a não concessão da liberdade provisória, devendo ser aplicado o artigo 312 do Código de Processo Penal.

Parte do Superior Tribunal de Justiça já têm decidido neste sentido, que parece ser o mais acertado, podendo-se citar as seguintes decisões:

Exige-se concreta motivação para o indeferimento do benefício da liberdade provisória, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312

do CPP e da jurisprudência dominante. O simples fato de se tratar de crime hediondo não basta, por si só, para impedir a liberdade provisória do réu. Precedentes. Deve ser concedida a liberdade provisória ao paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Julgador de 1º grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta. (2005, p.445).

Nota-se que a jurisprudência esta dividida sobre a constitucionalidade ou não do artigo 2º, inciso II, da lei de crimes hediondos. No sentido da inconstitucionalidade da proibição de concessão da liberdade provisória para indiciados ou acusados presos em flagrante por crime hediondo, vale citar o acórdão nº 319, da 4ª turma, do Tribunal de Alçada Criminal do Paraná, cuja Súmula esta assim:

A prisão, antes da sentença condenatória, usada com fins nitidamente punitivos em determinada tipologia criminal, sem levar em conta circunstâncias especiais e particulares de cada caso, além das condições pessoais do acusado, é grave erro. Subtrai o judiciário a poder / dever de decidir sobre a liberdade provisória, a qual evita desnecessários constrangimentos ao réu. Dar guarida à norma de tal jaez afronta a Lei Maior, que adota o principio de inocência, insculpido no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal, do qual resulta o corolário de proibição de qualquer punição provisória. (1990, p. 77)

O simples fato de se tratar de crime hediondo ou equiparado, não impede a concessão de liberdade provisória, uma vez constatada à inexistência dos requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

É de se acreditar que a liberdade provisória deve ser concedida em todos os casos em que a prisão processual não se justificar necessária, não devendo prevalecer a simples justificativa da vedação legal, pois, como demonstrado, tal

vedação fere a estrutura libertária da Constituição de 1988 e diversos outros princípios constitucionais.

Conclui-se que no caso concreto os juízes devem atuar com razoabilidade e sempre que verificarem a desnecessidade da prisão processual, devem conceder os benefícios da liberdade provisória.

4.4 A Liberdade Provisória à Luz da Declaração de Inconstitucionalidade *Incidenter Tantum* do *Hábeas Corpus* nº 82.959-7.

O artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, veda a progressão do regime de cumprimento da pena. Segundo o mesmo, a pena deve ser cumprida em regime integralmente fechado. A polêmica sobre a inconstitucionalidade de tal dispositivo não é nova, vem se estendendo desde a promulgação da Lei de Crimes Hediondos.

Uma das teses é a de que o regime integralmente fechado ofende o princípio da individualização das penas, previsto constitucionalmente no artigo 5º, XLVI, da Magna Carta. Outra é a de que fere o princípio da humanização da pena, pois impõe tratamento cruel ao condenado. Já uma terceira vertente sustenta que o artigo 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, teria revogado o artigo 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos.

Com advento da Lei n. 9.455/97, que define os crimes de tortura e dá outras providências, defendeu-se que a progressividade do regime de cumprimento de penas desta Lei seria aplicável nos casos de condenação por crimes hediondos. Esta hipótese foi afastada pela jurisprudência e foi consagrada na súmula nº 698 do STF:

"Não se estende aos demais crimes hediondos a possibilidade de progressão no regime de execução de pena aplicada ao crime de tortura."

A discussão ganhou relevância quando, após quase assentada no Supremo Tribunal Federal a tese majoritária da constitucionalidade do aludido dispositivo, o ministro Marco Aurélio Mello, nos autos do H.C 82.959-7, reabriu a discussão e submeteu-a novamente ao plenário. Antes da decisão do STF no HC 82.959-7, vencia o entendimento contrário, de que o regime integral fechado para os apenados por crimes hediondos não era inconstitucional.

Ao contrário do que se tem dito na mídia, o efeito da decisão, por se dar via controle difuso de constitucionalidade, está restrito ao caso. Não há de se falar de conceder automaticamente a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos. O Senado Federal, nesses casos, pode, discricionariamente, elaborar Resolução suspendendo a eficácia do dispositivo declarado inconstitucional pelo STF, com efeitos *erga omnes*, o que até o presente momento não ocorreu. Discute-se somente a reforma da Lei de Crimes Hediondos, cujo anteprojeto de Lei é discutido e elaborado no âmbito do Ministério da Justiça. Ademais, abrir-se as portas das unidades prisionais, como ventilaram alguns jornalistas, seria o marco da irracionalidade.

Observe-se que o STF não concedeu a pretendida progressão de regime no caso concreto. Apenas removeu o obstáculo legal que impedia a análise da progressão em crimes hediondos. Ou seja, dentro de um HC, proferiu-se um julgamento da lei em tese, proclamando sua inconstitucionalidade "*urbi et orbis*".

Finalizando, é de se questionar que, se o Supremo Tribunal Federal, declarou inconstitucional a vedação da progressão de regime nos crimes hediondos, que

acontece após a condenação do acusado, porque não, permitir a liberdade provisória, na referida lei, já que estariam ainda sem uma sentença condenatória transitada e julgada. Injustiça seria permitir que um homem considerado inocente perante os tribunais, fique trancafiado em face de um condenado livre.

Não se pode encerrar sem lembrar as felizes palavras do Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Edilson Mougnot Bonfim: *"Fenece a flor, mas a semente ainda germina, porque solidamente plantada no terreno fértil da consciência de um povo"*.

A conclusão obtida é que a decisão ora em consideração, é que a lei dos crimes hediondos continua, no mais, em vigor e a análise de cada progressão caberá ao juiz. Mas é certo todo ordenamento jurídico necessita de instrumentos que permitam ao juiz fazer justiça em cada caso concreto. Isso é fruto do princípio da razoabilidade que, apesar dos retrocessos, acompanha a constante e vitoriosa evolução da humanidade.

4.5 Necessárias Alterações no Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal entrou em vigor em 1º de janeiro de 1941 e o entendimento (acredita-se ser quase uma unanimidade por todos os que estão envolto no mundo jurídico) é de que necessita de reformas, revisões e adequações, principalmente aos princípios e regras previstos na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido será exposto o Anteprojeto de Lei enviado ao Congresso Nacional no dia 8 de março de 2001, que tem como presidente da Comissão Ada Pellegrini Grinover e o Projeto de Lei 4.208/2001, acredita-se que a partir dessas duas

propostas, o leitor do presente trabalho possa refletir e analisar o que pode mudar no CPP.

A sistematização e atualização do tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança, buscam superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com reformas sucessivas, que desfiguraram o sistema e, ao mesmo tempo, ajustá-lo as exigências constitucionais e colocá-lo em consonância com as modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal.

Nessa linha, as principais alterações da reforma projetada são:

- a) o tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares e da liberdade provisória;
- b) o aumento do rol das medidas cautelares, antes centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança;
- c) a manutenção da prisão preventiva, genericamente, para garantia da instrução do processo e da execução da pena e, de maneira especial, para acusados que possam vir a praticar infrações de criminalidade organizada, de grave ofensa a probidade administrativa ou a ordem econômica ou financeira, ou mediante violência ou grave ameaça as pessoas;
- d) a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar em situações taxativas, bastante restritas, indicadoras da inconveniência ou desnecessidade de se manter o recolhimento em cárcere;
- e) a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, ocorrer prisão que não seja de natureza cautelar; f) a valorização da fiança.

Completam e uniformizam o sistema as regras sobre a liberdade provisória.

Com relação ao preso em flagrante as regras são as seguintes: o juiz que recebe o auto pode relaxar o flagrante, se ilegal; converter a prisão em flagrante em

preventiva, quando presentes seus requisitos; conceder liberdade provisória com ou sem fiança, ou com os demais vínculos acima indicados.

No que concerne a fiança, cabe realçar, dentre outros aspectos relevantes: a ampliação da possibilidade de a autoridade policial concedê-la, o alargamento de suas hipóteses de incidência, observadas as proibições constitucionais na matéria, a atualização de seus valores e a adequação da disciplina do quebramento.

Conclui-se que a revogação dos artigos 393, 594, 595 e dos parágrafos do artigo 408 do Código de Processo Penal tem como objetivo assentar que toda prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória somente pode ter caráter cautelar. A execução antecipada da sentença penal não se coaduna como os princípios garantidores do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os crimes hediondos têm sua gênese no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que, claramente, apoiou-se na corrente político-criminal denominada *movimento da lei e da ordem*, que defende que força maior deve ser dada à máquina repressiva do Estado. O mandamento constitucional é de 1988, mas a Lei n. 8.072 só foi editada em 1990, em face dos crimes horrendos que assombravam a nação àquela época, sendo aprovada as pressas, sem uma análise aprofundada por parte dos legisladores.

A Lei n. 8.072/90 indicou, em rol taxativo, quais são os crimes considerados hediondos, e também, seguindo o mandamento constitucional, indicou os crimes assemelhados aos hediondos (a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo).

Das conseqüências da hediondez, trazida pela Lei dos Crimes Hediondos, tem-se a vedação aos benefícios como: graça, anistia e indulto, além da proibição da liberdade provisória. Veda-se também na referida lei a progressão de regime.

Constatou-se no presente estudo que a vedação da liberdade provisória, estabelecida no artigo 2º, II da Lei de Crime Hediondos vai de encontro aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, devido processo legal e presunção de inocência, entendimento este acatado por vários doutrinadores.

Outrossim, verificou-se, que a liberdade provisória foi reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental e, à luz das disposições constitucionais pertinentes, o que conduz ao entendimento que o legislador

ultrapassou os limites impostos pela Carta Magna quando da elaboração da lei de crimes hediondos.

E nesse sentido têm sido as lúcidas decisões do egrégio Superior Tribunal de Justiça, o qual reitera entendimento que a custódia processual deve ter como fundamento, ao lado da hediondez constante da denúncia e/ou do inquérito policial, uma das hipóteses concretas que a autorizam nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Assim, é de se asseverar, diante de todas as normas de índole constitucional que se aplicam ao instituto da liberdade provisória, que remanesce juridicamente possível sua concessão ainda em se tratando de cometimento, em tese, de crimes rotulados como hediondos, em não havendo no caso concreto elemento que permita a custódia preventiva do acusado/indiciado por tais delitos.

No caso o julgador deve decidir de maneira razoável, pautando-se pela necessidade da prisão cautelar, não ficando adstrito a uma presunção legal absoluta e genérica. Em síntese, a prisão processual não merece prosperar se não ficar demonstrada a real necessidade, devendo, então, ser concedida a liberdade provisória.

No que diz respeito ao Código de Processo Penal, conclui-se necessária à pela vasta reforma no seu texto, principalmente no que concerne aos artigos 393, 594, 595 e 408, com o objetivo de assegurar a liberdade provisória do acusado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, compatibilizando com os dispositivos da Carta Magna.

Portanto, diante as razões até aqui sustentadas, pode-se ter como conclusão que a Lei dos Crimes Hediondos é um exemplo claro de que determinadas soluções

emergenciais tomadas pelo legislador podem incidir em várias inconstitucionalidades. As diversas reações contrárias, levantadas pelos doutrinadores pátrios podem ser uma demonstração positiva de que nossa ciência penal e processual alcançou um nível de amadurecimento tal que não se deixa ser suplantada pela inconsciência e arroubo do legislador de momento, que levado pelas correntes extremamente radicais da sociedade, acha que a criação infundada de novas leis seria a solução para a criminalidade crescente.

Por fim, conclui-se pela revisão do texto da Lei dos Crimes Hediondos, para que se possa enquadrá-la nos ditames da Constituição Federal, e de acordo com os princípios gerais da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, do devido processo legal, princípio da ampla defesa e demais princípios garantidores do direito.

REFERÊNCIAS

BEMFICA, Thais Vani. *Crimes Hediondos e assemelhados: Questões Polêmicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BITENCOURT, César Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 5ª ed. São Paulo: revista dos tribunais, 1994.

CAPEZ, Fernando. *Curo de Processo Penal*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHOUKR, Frauzi Hassan. *Processo Penal a Luz da Constituição*. São Paulo: Edipro, 1999.

DE JESUS, Damásio E. *Direito Penal*. 26 ed. rev. e atual. V.2, parte geral. São Paulo: Saraiva 2003.

DELMANTO, Celso. *Código penal anotado*. São Paulo: Freitas Barros, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: notas sobre a lei 8.072/90*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo, RT, 1994.

GOMES, Luiz Flavio. *Direito de apelar em liberdade: conforme a constituição federal e aconvenção americana sobre direitos humanos. Doutrina e jurisprudências*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GOMES, Luiz Flavio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

GONÇALVES, Vitor Eduardo rios. *Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. *Legislação Penal Especial*, 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LEAL, João José. *Crimes Hediondos: aspectos político-jurídicos da Lei nº 8.072/90*. São Paulo: Atlas, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10 ed. rev. E atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. SMANIO, Gianpaolo Poggio. *b*. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MUCCIO, Hildejalma, *Prisão e Liberdade Provisória, teoria e pratica*. São Paulo. Ed. RT, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio pacelli de. *Curso de processo penal*. 5 ed. revisada atualizada e ampliada – Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Regimes constitucionais da liberdade provisória: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

REVISTA SÍNTESE DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. V. 3, n.15, ago/set de 2002, Porto Alegre: Síntese.

REVISTA VEJA "O Pacto de sangue", publicação 13.01.1993 Ed. 1270, editora Abril.

SANGUINÉ, Odone. Inconstitucionalidade da Poibição da liberdade provisória. *Fascículos de ciências penais*. Porto alegre: SAFE, v. 3, n. 4, oct/dez. 1990.

SZINICK, Valdir, *Comentários à lei de entorpecentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

TELES, Ney Moura. *Direito penal*. Vol. 1, 2 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando dacosta. *Prática de processo penal*. 24 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1, de 1992, a 40 de 2003, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de n.1 a 6, de 1994. 21ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, coordenação de publicações, 2003.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: www.aids.gov.br/legislacao/vol1_2.htm. Acessada em: 06/11/2006.

PACTO SÃO JOSE DA COSTA RICA, PORTAL DA FAMÍLIA, CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: www.portaldafamilia.org/artigos/texto065.5html. Acessado em : 06/11/2006.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, 8 em 1 acadêmicos, 2005, ed. lemos e cruz, organizador Jose Carlos de oliveira, são Paulo.

NOVA LEI DE DROGAS, 11.343/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acessada em: 04/11/2006.

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8072.htm>. Acessada em: 04/11/2006

LEI DOS CRIMES DE TORTURA. Disponível na pagina: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9455.htm. Acessada em: 04/11/2006.

ANEXOS

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990.

Mensagem de veto

Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

O PRESIDENTE DA REPUBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

~~Art. 1º São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados.~~

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, **in fine**); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, **caput** e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 20.8.1998)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

Art. 2º 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.

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

§ 2º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Art. 3º A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública.

Art. 4º (Vetado).

Art. 5º Ao art. 83 do Código Penal é acrescido o seguinte inciso:

"Art. 83.

.....

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza."

Art. 6º Os arts. 157, § 3º; 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º; 213; 214; 223, caput e seu parágrafo único; 267, caput e 270; caput, todos do Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 157.

§ 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de cinco a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.

.....

Art. 159.

Pena - reclusão, de oito a quinze anos.

§ 1º

Pena - reclusão, de doze a vinte anos.

§ 2º

Pena - reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos.

§ 3º

Pena - reclusão, de vinte e quatro a trinta anos.

.....

Art. 213.

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

Art. 214.

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

.....

Art. 223.

Pena - reclusão, de oito a doze anos.

Parágrafo único.

Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos.

.....
Art. 267.

Pena - reclusão, de dez a quinze anos.

.....
Art. 270.

Pena - reclusão, de dez a quinze anos.

....."

Art. 7º Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo:

"Art. 159.

.....
§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços."

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e

parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

Art. 10. O art. 35 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, passa a vigorar acrescido de parágrafo único, com a seguinte redação:

Art. 35.

Parágrafo único. Os prazos procedimentais deste capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14."

Art. 11. (Vetado).

Art. 12. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 25 de julho de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

FERNANDO COLLOR

Bernardo Cabral



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006.

Mensagem de veto

Regulamento

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.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei 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 e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

TÍTULO II

DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

ii - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS E DOS OBJETIVOS

DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

Art. 4º São princípios do Sisnad:

I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;

II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;

III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;

IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;

VI - o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;

XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad.

Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;

IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei.

CAPÍTULO II

DA COMPOSIÇÃO E DA ORGANIZAÇÃO

DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º A organização do Sisnad assegura a orientação central e a execução descentralizada das atividades realizadas em seu âmbito, nas esferas federal, distrital, estadual e municipal e se constitui matéria definida no regulamento desta Lei.

Art. 8º (VETADO)

CAPÍTULO III

(VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

Art. 11. (VETADO)

Art. 12. (VETADO)

Art. 13. (VETADO)

Art. 14. (VETADO)

CAPÍTULO IV

DA COLETA, ANÁLISE E DISSEMINAÇÃO DE INFORMAÇÕES

SOBRE DROGAS

Art. 15. (VETADO)

Art. 16. As instituições com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social que atendam usuários ou dependentes de drogas devem comunicar ao órgão competente do respectivo

sistema municipal de saúde os casos atendidos e os óbitos ocorridos, preservando a identidade das pessoas, conforme orientações emanadas da União.

Art. 17. Os dados estatísticos nacionais de repressão ao tráfico ilícito de drogas integrarão sistema de informações do Poder Executivo.

TÍTULO III

DAS ATIVIDADES DE PREVENÇÃO DO USO INDEVIDO, ATENÇÃO E REINSERÇÃO SOCIAL DE USUÁRIOS E DEPENDENTES DE DROGAS

CAPÍTULO I

DA PREVENÇÃO

Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence;

II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam;

III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas;

IV - o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias;

V - a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas;

VI - o reconhecimento do "não-uso", do "retardamento do uso" e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados;

VII - o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas;

VIII - a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares;

X - o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida;

X - o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino;

XI - a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas;

XII - a observância das orientações e normas emanadas do Conad;

XIII - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Parágrafo único. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas dirigidas à criança e ao adolescente deverão estar em consonância com as diretrizes emanadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda.

CAPÍTULO II

DAS ATIVIDADES DE ATENÇÃO E DE REINserÇÃO SOCIAL

DE USUÁRIOS OU DEPENDENTES DE DROGAS

Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas.

Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais.

Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social;

II - a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais;

III - definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde;

IV - atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais;

V - observância das orientações e normas emanadas do Conad;

VI - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Art. 23. As redes dos serviços de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios desenvolverão programas de atenção ao usuário e ao dependente de drogas, respeitadas as diretrizes do Ministério da Saúde e os princípios explicitados no art. 22 desta Lei, obrigatória a previsão orçamentária adequada.

Art. 24. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder benefícios às instituições privadas que desenvolverem programas de reinserção no mercado de trabalho, do usuário e do dependente de drogas encaminhados por órgão oficial.

Art. 25. As instituições da sociedade civil, sem fins lucrativos, com atuação nas áreas da atenção à saúde e da assistência social, que atendam usuários ou dependentes de drogas poderão receber recursos do Funad, condicionados à sua disponibilidade orçamentária e financeira.

Art. 26. O usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção a sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.

CAPÍTULO III

DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;
- III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º As mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.

Parágrafo único. Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o § 6º do art. 28 serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas.

Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.

TÍTULO IV

DA REPRESSÃO A PRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA

E AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.

Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelas autoridades de polícia judiciária, que recolherão quantidade suficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova.

§ 1º A destruição de drogas far-se-á por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, guardando-se as amostras necessárias à preservação da prova.

§ 2º A incineração prevista no § 1º deste artigo será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público, e executada pela autoridade de polícia judiciária competente, na presença de representante do Ministério Público e da autoridade sanitária competente, mediante auto circunstanciado e após a perícia realizada no local da incineração.

§ 3º Em caso de ser utilizada a queimada para destruir a plantação, observar-se-á, além das cautelas necessárias à proteção ao meio ambiente, o disposto no Decreto nº 2.661, de 8 de julho de

1998. no que couber. dispensada a autorização prévia do órgão próprio do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama.

§ 4º As glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, conforme o disposto no art. 243 da Constituição Federal, de acordo com a legislação em vigor.

CAPÍTULO II

DOS CRIMES

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no caput deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Art. 43. Na fixação da multa a que se referem os arts. 33 a 39 desta Lei, o juiz, atendendo ao que dispõe o art. 42 desta Lei, determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo.

Parágrafo único. As multas, que em caso de concurso de crimes serão impostas sempre cumulativamente, podem ser aumentadas até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-las o juiz ineficazes, ainda que aplicadas no máximo.

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.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão,

a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 47. Na sentença condenatória, o juiz, com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, realizada por profissional de saúde com competência específica na forma da lei, determinará que a tal se proceda, observado o disposto no art. 26 desta Lei.

CAPÍTULO III

DO PROCEDIMENTO PENAL

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

§ 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente.

§ 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado.

§ 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

Art. 49. Tratando-se de condutas tipificadas nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, sempre que as circunstâncias o recomendem, empregará os instrumentos protetivos de colaboradores e testemunhas previstos na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.

Seção I

Da Investigação

Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

§ 2º O perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.

Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:

I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; ou

II - requererá sua devolução para a realização de diligências necessárias.

Parágrafo único. A remessa dos autos far-se-á sem prejuízo de diligências complementares:

I - necessárias ou úteis à plena elucidação do fato, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento;

II - necessárias ou úteis à indicação dos bens, direitos e valores de que seja titular o agente, ou que figurem em seu nome, cujo resultado deverá ser encaminhado ao juízo competente até 3 (três) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Seção II

Da Instrução Criminal

Art. 54. Recebidos em juízo os autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação, dar-se-á vista ao Ministério Público para, no prazo de 10 (dez) dias, adotar uma das seguintes providências:

I - requerer o arquivamento;

II - requisitar as diligências que entender necessárias;

III - oferecer denúncia, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes.

Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá arguir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas que pretende produzir e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas.

§ 2º As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 113 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

§ 3º Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação.

§ 4º Apresentada a defesa, o juiz decidirá em 5 (cinco) dias.

§ 5º Se entender imprescindível, o juiz, no prazo máximo de 10 (dez) dias, determinará a apresentação do preso, realização de diligências, exames e perícias.

Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

§ 1º Tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo.

§ 2º A audiência a que se refere o caput deste artigo será realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias.

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Art. 58. Encerrados os debates, proferirá o juiz sentença de imediato, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

§ 1º Ao proferir sentença, o juiz, não tendo havido controvérsia, no curso do processo, sobre a natureza ou quantidade da substância ou do produto, ou sobre a regularidade do respectivo laudo, determinará que se proceda na forma do art. 32, § 1º, desta Lei, preservando-se, para eventual contraprova, a fração que fixar.

§ 2º Igual procedimento poderá adotar o juiz, em decisão motivada e, ouvido o Ministério Público, quando a quantidade ou valor da substância ou do produto o indicar, precedendo a medida a elaboração e juntada aos autos do laudo toxicológico.

Art. 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

CAPÍTULO IV

DA APREENSÃO, ARRECADAÇÃO E DESTINAÇÃO DE BENS DO ACUSADO

Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

§ 1º Decretadas quaisquer das medidas previstas neste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão.

§ 2º Provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação.

§ 3º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

§ 4º A ordem de apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações.

Art. 61. Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no art. 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada a Senad, os bens apreendidos poderão ser utilizados pelos órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

Parágrafo único. Recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da instituição à qual tenha deferido o uso, ficando esta livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

§ 1º Comprovado o interesse público na utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

§ 2º Feita a apreensão a que se refere o caput deste artigo, e tendo recaído sobre dinheiro ou cheques emitidos como ordem de pagamento, a autoridade de polícia judiciária que presidir o inquérito deverá, de imediato, requerer ao juízo competente a intimação do Ministério Público.

§ 3º Intimado, o Ministério Público deverá requerer ao juízo, em caráter cautelar, a conversão do numerário apreendido em moeda nacional, se for o caso, a compensação dos cheques emitidos após a instrução do inquérito, com cópias autênticas dos respectivos títulos, e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial, juntando-se aos autos o recibo.

§ 4º Após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

§ 5º Excluídos os bens que se houver indicado para os fins previstos no § 4º deste artigo, o requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens apreendidos, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os tem sob custódia e o local onde se encontram.

§ 6º Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será autuada em apartado, cujos autos terão tramitação autônoma em relação aos da ação penal principal.

§ 7º Autuado o requerimento de alienação, os autos serão conclusos ao juiz, que, verificada a presença denexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo, determinará a avaliação dos bens relacionados, cientificará a Senad e intimará a União, o Ministério Público e o interessado, este, se for o caso, por edital com prazo de 5 (cinco) dias.

§ 8º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão.

§ 9º Realizado o leilão, permanecerá depositada em conta judicial a quantia apurada, até o final da ação penal respectiva, quando será transferida ao Funad, juntamente com os valores de que trata o § 3º deste artigo.

§ 10. Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.

§ 11. Quanto aos bens indicados na forma do § 4º deste artigo, recaíndo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da autoridade de polícia judiciária ou órgão aos quais tenha deferido o uso, ficando estes livres do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

Art. 63. Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível.

§ 1º Os valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei e que não forem objeto de tutela cautelar, após decretado o seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad.

§ 2º Compete à Senad a alienação dos bens apreendidos e não leiloados em caráter cautelar, cujo perdimento já tenha sido decretado em favor da União.

§ 3º A Senad poderá firmar convênios de cooperação, a fim de dar imediato cumprimento ao estabelecido no § 2º deste artigo.

§ 4º Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz do processo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, remeterá à Senad relação dos bens, direitos e valores declarados perdidos em favor da União, indicando, quanto aos bens, o local em que se encontram e a entidade ou o órgão em cujo poder estejam, para os fins de sua destinação nos termos da legislação vigente.

Art. 64. A União, por intermédio da Senad, poderá firmar convênio com os Estados, com o Distrito Federal e com organismos orientados para a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e a reinserção social de usuários ou dependentes e a atuação na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, com vistas na liberação de equipamentos e de recursos por ela arrecadados, para a implantação e execução de programas relacionados à questão das drogas.

TÍTULO V

DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Art. 65. De conformidade com os princípios da não-intervenção em assuntos internos, da igualdade jurídica e do respeito à integridade territorial dos Estados e às leis e aos regulamentos nacionais em vigor, e observado o espírito das Convenções das Nações Unidas e outros instrumentos jurídicos internacionais relacionados à questão das drogas, de que o Brasil é parte, o governo brasileiro prestará, quando solicitado, cooperação a outros países e organismos internacionais e, quando necessário, deles solicitará a colaboração, nas áreas de:

I - intercâmbio de informações sobre legislações, experiências, projetos e programas voltados para atividades de prevenção do uso indevido, de atenção e de reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - intercâmbio de inteligência policial sobre produção e tráfico de drogas e delitos conexos, em especial o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro e o desvio de precursores químicos;

III - intercâmbio de informações policiais e judiciais sobre produtores e traficantes de drogas e seus precursores químicos.

TÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Art. 67. A liberação dos recursos previstos na Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986, em favor de Estados e do Distrito Federal, dependerá de sua adesão e respeito às diretrizes básicas contidas nos convênios firmados e do fornecimento de dados necessários à atualização do sistema previsto no art. 17 desta Lei, pelas respectivas polícias judiciárias.

Art. 68. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar estímulos fiscais e outros, destinados às pessoas físicas e jurídicas que colaborem na prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social de usuários e dependentes e na repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Art. 69. No caso de falência ou liquidação extrajudicial de empresas ou estabelecimentos hospitalares, de pesquisa, de ensino, ou congêneres, assim como nos serviços de saúde que produzirem, venderem, adquirirem, consumirem, prescreverem ou fornecerem drogas ou de qualquer outro em que existam essas substâncias ou produtos, incumbe ao juízo perante o qual tramite o feito:

I - determinar, imediatamente à ciência da falência ou liquidação, sejam lacradas suas instalações;

II - ordenar à autoridade sanitária competente a urgente adoção das medidas necessárias ao recebimento e guarda, em depósito, das drogas arrecadadas;

III - dar ciência ao órgão do Ministério Público, para acompanhar o feito.

§ 1º Da licitação para alienação de substâncias ou produtos não proscritos referidos no inciso II do caput deste artigo, só podem participar pessoas jurídicas regularmente habilitadas na área de saúde ou de pesquisa científica que comprovem a destinação lícita a ser dada ao produto a ser arrematado.

§ 2º Ressalvada a hipótese de que trata o § 3º deste artigo, o produto não arrematado será, ato contínuo à hasta pública, destruído pela autoridade sanitária, na presença dos Conselhos Estaduais sobre Drogas e do Ministério Público.

§ 3º Figurando entre o praceado e não arrematadas especialidades farmacêuticas em condições de emprego terapêutico, ficarão elas depositadas sob a guarda do Ministério da Saúde, que as destinará à rede pública de saúde.

Art. 70. O processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, se caracterizado ilícito transnacional, são da competência da Justiça Federal.

Parágrafo único. Os crimes praticados nos Municípios que não sejam sede de vara federal serão processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva.

Art. 71. (VETADO)

Art. 72. Sempre que conveniente ou necessário, o juiz, de ofício, mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ou a requerimento do Ministério Público, determinará que se proceda, nos limites de sua jurisdição e na forma prevista no § 1º do art. 32 desta Lei, à destruição de drogas em processos já encerrados.

Art. 73. A União poderá celebrar convênios com os Estados visando à prevenção e repressão do tráfico ilícito e do uso indevido de drogas.

Art. 74. Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação.

Art. 75. Revogam-se a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

Brasília, 23 de agosto de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

Guido Mantega

Jorge Armando Felix

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 24.8.2006