

Leandro Hollerbach Ferreira

**Aspectos Inconstitucionais da
Vedação da Liberdade Provisória
em Absoluto pelo Legislador
Ordinário**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

DEPARTAMENTO DE DIREITO

Programa de Pós-Graduação em Direito

Rio de Janeiro

Novembro de 2010.



Leandro Hollerbach Ferreira

**Aspectos Inconstitucionais da Vedação
da Liberdade Provisória em Absoluto
pelo Legislador Ordinário**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção a do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Francisco de Guimaraens

Rio de Janeiro

Novembro de 2010



Leandro Hollerbach Ferreira

**Aspectos Inconstitucionais da Vedação
da Liberdade Provisória em Absoluto
pelo Legislador Ordinário**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Francisco de Guimaraens

Orientador
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. João Ricardo W. Dornelles

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Victória-Amália de Barros C. G. de Sulocki

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Rodrigo de Souza Costa

Universidade Federal Fluminense

Prof^a. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 10 de novembro de 2010.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Leandro Hollerbach Ferreira

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1999), Pós-Graduado lato sensu em Direito Penal pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro (2002), Professor Assistente da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, especificamente nas áreas de Direito Penal e Direito Processual Penal. Advogado Criminalista.

Ficha Catalográfica

Ferreira, Leandro Hollerbach

Aspectos Inconstitucionais da Vedação da Liberdade Provisória em Absoluto pelo Legislador Ordinário / Leandro Hollerbach Ferreira; orientador: Francisco de Guimaraens. – PUC, Departamento de Direito, 2010.

152 fls. 29,7 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas

1. Direito – teses. 2. Liberdade provisória 3. garantismo penal. 4. presunção de inocência. 5. prisão processual. 6. direito penal mínimo. 7. emergência no processo penal. 8. persecução penal. I. Guimaraens, Francisco de. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

A minha mãe, Marlene Hollerbach Ferreira, por me ensinar o valor do estudo.

Ao meu pai, Oscar Ferreira, exemplo de trabalho e responsabilidade, inspiração às minhas conquistas.

Agradecimentos

Agradeço a Deus, em primeiro lugar.

Ao meu Professor e Orientador Doutor Francisco de Guimaraens pelos relevantes ensinamentos partilhados.

Ao Professor Doutor Adrian Sgarbi docente de exemplar conduta Acadêmica, por quem tenho profundo respeito e inestimável admiração.

À Professora Doutora Victória-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki e ao Professor Doutor João Ricardo Wanderley Dornelles, integrantes da Banca Examinadora pelas ricas observações que contribuíram sobremaneira para o aperfeiçoamento da presente Pesquisa.

Por fim, agradeço em especial, ao meu Co-Orientador Professor Doutor Rodrigo de Souza Costa pela incondicional dedicação dispensada à elaboração desta Dissertação.

Resumo

Ferreira, Leandro Hollerbach; Guimaraens, Francisco de. **Aspectos Inconstitucionais da Vedação da Liberdade Provisória em Absoluto pelo Legislador Ordinário**. Rio de Janeiro, 2010. 152p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente trabalho tem por objeto o estudo a cerca da vedação da liberdade provisória em absoluto pelo legislador ordinário. Busca-se analisar a tensão entre o direito à liberdade provisória e a viabilidade da imposição do cerceamento da liberdade de locomoção em momento anterior à sentença penal condenatória irrecorrível, isto é, o propósito da pesquisa concentra-se na discussão em torno da validade da vedação da liberdade provisória em absoluto pelo legislador ordinário em face do direito à liberdade provisória assegurado no art. 5º, inciso LXVI, da Carta Política/88. A pesquisa apresentará como interlocutor a Teoria do Garantismo Penal elaborada pelo professor italiano Luigi Ferrajoli que permeará o desenvolvimento de todo o trabalho. Para a compreensão do tema proposto, necessário se faz abordar, inicialmente, o instituto jurídico da prisão processual, buscando a legitimidade da restrição da liberdade de locomoção do acusado anteriormente à sentença penal condenatória definitiva em face do postulado constitucional da presunção de inocência, bem como, analisar as singularidades das diversas modalidades de prisão processual previstas no ordenamento jurídico. Em seguida, discorre-se sobre a liberdade provisória, partindo do Código de Processo Penal de 1941 – ainda em vigor –, passando, logo após, para as considerações sobre as alterações realizadas pela Lei 6.416/77, até se chegar à nova ordem constitucional instalada pela Carta Política/88. Por fim, examina-se a relação entre a vedação da liberdade provisória em absoluto pelo legislador ordinário e o discurso de emergência no processo penal. Será abordada também a vedação da liberdade provisória em absoluto na legislação infraconstitucional, especificamente nas Leis n.º 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos –, n.º 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento – e, n.º 11.343/06 – Lei anti-Drogas.

Palavras-chave

Liberdade provisória; garantismo penal; presunção de inocência; prisão processual; direito penal mínimo; emergência no processo penal; perseguição penal.

Abstract

Ferreira, Leandro Hollerbach; Guimaraens, Francisco de (Advisor)
Unconstitutional Aspects of the Prohibition of the Free on Parole in Absolute for the Usual Legislator. Rio de Janeiro, 2010. 152p. MSc. Dissertation – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The present work has for object the about the prohibition of free on parole in absolute for the ordinary legislator. One searches to analyze the tension enters the right to the free on parole and the viability of the imposition of the method of clipping of the freedom of locomotion at previous moment to the unappealable condemnatory criminal sentence, that is, the intention of the research is concentrated in the quarrel around the validity of the prohibition of absolute the free on parole in for the ordinary legislator in face of the right the assured free on parole in art. 5º, item LXVI, Charter Politics/88. The research will present as interlocutor the Theory of the Criminal Garantismo elaborated by Italian professor Luigi Ferrajoli who will all permeate the development of all the work. For the understanding of the considered subject, necessary if it makes to approach, initially, the legal institute of the procedural arrest, searching the legitimacy of the restriction of the freedom of locomotion of the defendant previously to the definitive condemnatory criminal sentence in face of the constitutional postulate of the innocence swaggerer, as well as, to analyze the singularities of the diverse foreseen modalities of procedural arrest in the legal system. After that, it is discoursed on the free on parole, leaving of the Code of Criminal Procedure of 1941 – still in vigor –, passing, then after, for the consideration on the alterations carried through for Law 6.416/77, until if arriving at the new constitutional order installed by the Charter Politics/88. Finally, it is examined relation enters the prohibition of absolute the free on parole in for the ordinary legislator and the discourse of emergency in criminal proceeding. The prohibition of the free on parole in absolute will be boarded also infra-constitutional legislation, specifically in the Laws n.º 8.072/90 – Law of the Hideous Crimes –, n.º 10.826/03 – The Disarmament Statute – and n.º 11.343/06 – Anti-Drug Law.

Keywords

Free on parole; criminal garantismo; swaggerer of innocence; procedural arrest; minimum criminal law; emergency in the criminal proceeding; criminal persecution.

Sumário

INTRODUÇÃO	11
1. A TEORIA DO GARANTISMO PENAL	14
1.1. Considerações Iniciais	14
1.2. A Teoria do Garantismo Penal e o Direito Penal Mínimo	18
1.3. A Matriz Principlológica do Garantismo Penal	26
1.4. As Tutelas Processuais na Teoria do Garantismo Penal	31
1.5. A Illegitimidade da Prisão Processual na Teoria do Garantismo Penal	37
2. A PRISÃO PROCESSUAL	41
2.1. O Instituto da Prisão no Ordenamento Jurídico Brasileiro	41
2.2. A Natureza Cautelar da Prisão Processual	44
2.3. A Prisão Processual como Instrumento de Tutela da Persecução Penal	51
2.4. A Prisão Processual e o Princípio da Presunção de Inocência	56
2.5. A Motivação como Critério de Legitimidade da Prisão Processual	66
3. AS ESPÉCIES DE PRISÃO PROCESSUAL	69
3.1. Aspectos Iniciais	69
3.2. A Prisão em Flagrante	70
3.3. A Prisão Preventiva	75
3.4. A Prisão Temporária	81
3.5. A Prisão Decorrente de Pronúncia	85
3.6. A Prisão em Virtude de Sentença Penal Condenatória Recorrível	89
4. A LIBERDADE PROVISÓRIA	94
4.1. O Tratamento Atual da Liberdade Provisória	94
4.2. A Prisão em Flagrante como Pressuposto da Liberdade Provisória	96
4.3. As Modalidades de Liberdade Provisória	99
4.3.1. A Liberdade Provisória mediante Fiança	100
4.3.2. A Liberdade Provisória sem Fiança	102

5. A VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA EM ABSOLUTO NO DIREITO BRASILEIRO	106
5.1. A Vedação da Liberdade Provisória como Expressão da Cultura de Emergência no Processo Penal	106
5.2. Manifestações em Torno da Vedação em Absoluto da Liberdade Provisória	112
5.3. A Vedação da Liberdade Provisória na Legislação Especial	117
5.3.1. A Vedação da Liberdade Provisória na Lei n.º 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos	117
5.3.2. A Vedação da Liberdade Provisória na Lei n.º 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento	121
5.3.3. A Vedação da Liberdade Provisória na Lei n.º 11.343/06 – Lei Anti-Drogas	126
5.4. Críticas à Vedação em Absoluto da Liberdade Provisória	128
6. CONCLUSÃO	137
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	148

Para manter sua legitimidade constitucional, a prisão preventiva deve ser o menos semelhante possível a uma pena. Quando a prisão preventiva se assemelha por completo a uma pena, perde legitimidade constitucional, do mesmo modo que perderia por falta dos requisitos fundamentais, processuais, por sua excessiva duração, o caráter não-excepcional, o caráter restritivo ou a falta de proporcionalidade.

Alberto Binder¹

¹ BINDER, Alberto M. Introdução ao direito processual penal; tradução de Fernando Zani, com revisão e apresentação de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 153.